Der rechtliche Charakter und die Ausübung der Wahl zwischen dem Rechte auf Wandelung und dem Rechte auf Minderung bei dem Kaufvertrage insbesondere im Verhältnisse zum Wahlrecht des Schuldners bei der alternativen Schuld nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

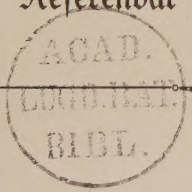
der

Juristenfakultät zu Rostock.

Eingereicht

vom

Referendar Felix Hinrichsen.



Lübeck
Buchdruckerei von Werner & Hörnig
(Inh. Otto Lychenheim)
1904.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552725_0030

Meinen lieben Eltern.

Litteratur.

Canetta. Zur Lehre von den sogenannten alternativen Obligationen nach Gemeinem Rechte und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Dissertation zu Erlangen, 1898.

Cosack. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts; I. Band. Jena 1900.

Crome. System des Deutschen Bürgerlichen Rechts; II. Band, erste Hälfte. Tübingen und Leipzig 1902.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dernburg. Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens; II. Band, erste und zweite Abteilung. Halle 1899. Citiert: Dernburg I und II.

Dernburg. Pandekten. Berlin 1902. Citiert: Dernburg, Pand.

Eccius. Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen, 43. Jahrgang, Heft 3.

Eck-Leonhard. Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs; Band I. Berlin 1903.

Endemann. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches; Band I. Berlin 1898.

Enneccerus-Lehmann. Das Bürgerliche Recht; I. Band. Marburg 1900.

Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen. Citiert: R. E.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung. Citiert: I. Entwurf.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Zweite Lesung. Citiert: II. Entwurf.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Bundesratsvorlage. Citiert: III. Entwurf.

Epping. Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach bürgerlichem Gesetzbuch. Dissertation zu Erlangen, 1897.

Fischer und Henle. Bürgerliches Gesetzbuch; Handausgabe. München 1902.

Goldmann-Lilienthal. Das bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1901 bezw. 1902.

Goudefroy. Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation zu Rostock, 1902.

Hanausek. Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht; I. Abteilung. Berlin 1883.

Haymann. Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandlungsanspruchs. In Gruchots Beiträgen, 46. Jahrgang, 4. und 5. Heft. Berlin 1902.

Klofs. Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache. Im sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß; IX. Band. Leipzig 1899.

Kuhlenbeck. Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch; II. Band. Berlin 1899.

Leistner. Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel

der Kaufsache nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation zu Erlangen, 1900.

Leo. Die Wahl bei der Alternativ-Obligation. Dissertation zu Göttingen, 1897.

Leonhard. Die Wahl bei der Wahlschuld. In Iherings Jahrbüchern, Band 41.

Leske. Bürgerliches Gesetzbuch und Preußisches Allgemeines Landrecht; Erste Hälfte. Berlin 1900.

Litten. Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Recht. Berlin 1903.

Marcus. Die Wahlschuld des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Dissertation zu Breslau, 1899.

Matthiaſs. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes; I. Band. Berlin 1900.

Mensing. Beiträge zur Lehre vom Wandelungs- und Minderungsanspruche des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation zu Bonn, 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich; Band II.

Müller. Wahlschuld und alternative Ermächtigung des Schuldners nach gemeinem Rechte und Bürgerlichem Gesetzbuche. Dissertation zu Rostock, 1902.

Oertmann. Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Pescatore. Die sogenannte alternative Obligation. Marburg 1880.

Pistory. Wahl und Unmöglichkeit als Vorraussetzungen der Beschränkung der Wahlschuld nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation zu Erlangen, 1901.

Planck. Bürgerliches Gesetzbuch; Band II. Berlin 1900.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Schollmeyer. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Erste Hälfte: Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. München 1900.

Schroeder. Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf. Berlin 1903.

Stamm. Die Ansprüche eines Käufers einer individuellen Sache wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft im gemeinen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuche. Dissertation zu Leipzig, 1902.

Stammler. Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.

Staub. Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1900.

Stratmann. Von der Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation zu Rostock, 1901.

Sydow-Busch. Civilprozeßordnung. Berlin 1901.

Szkolny-Caro. Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1898.

Wagner. Die Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners und die Obligation mit facultas alternativa des Schuldners nach gemeinem und bürgerlichem Recht. Dissertation zu Greifswald, 1903.

Weyl. Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker; Erster Band. München 1898.

Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechts; II. Band. Frankfurt a. M. 1900.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. **Einleitung**: Die Aufgabe.

I. Abschnitt.

Der rechtliche Charakter der Wahl.

§ 2. I. Allgemeines.
§ 3. II. Der rechtliche Charakter der Wahl beim Wahlrecht des Käufers.
§ 4. III. Der rechtliche Charakter der Wahl beim Wahlrecht des Wahlschuldners.

II. Abschnitt.

Die Ausübung der Wahl.

Kapitel I.

Die verschiedenen Arten der Wahläußerung.

§ 5. I. Allgemeines.
II. Die verschiedenen Arten der Wahläußerung beim Wahlrecht des Käufers.
a. Die außergerichtliche Wahläußerung.

§ 6. 1. Die Wahläußerung des Käufers durch Willenserklärung.
§ 7. 2. Die Wahläußerung des Käufers durch konkludente Handlungen.
b. Die gerichtliche Wahläußerung.
§ 8. 1. Die Wahläußerung des Käufers durch Klage bezw. Widerklage.
§ 9. 2. Die Wahläußerung des Käufers durch Einrede.
III. Die verschiedenen Arten der Wahläußerung beim Wahlrecht des Wahlschuldners.
§ 10. 1. Die Wahläußerung des Wahlschuldners durch Willenserklärung.
§ 11. 2. Die Wahläußerung des Wahlschuldners durch konkludente Handlungen.
§ 12. 3. Eine gerichtliche Wahläußerung des Wahlschuldners.

Kapitel II.

Das ius variandi.

§ 13. I. Allgemeines.
§ 14. II. Das ius variandi des Käufers.
§ 15. III. Ein ius variandi des Wahlschuldners.

Kapitel III.

Die bindende Ausübung der Wahl.

§ 16. I. Allgemeines.
II. Die bindende Ausübung der Wahl beim Wahlrecht des Käufers.
a. Die Bindung des Käufers bei der außergerichtlichen Wahläußerung.

§ 17. 1. Einfluß des Charakters der Wahl als Offerte auf die Bindung des Käufers.
§ 18. 2. Die Bindung des Käufers durch Zustandekommen des Vertrags.
b. Die Bindung des Käufers bei der gerichtlichen Wahläußerung.
§ 19. 1. Einfluß der Klagerhebung auf die Bindung des Käufers.
§ 20. 2. Die Bindung des Käufers durch das Urteil.
§ 21. Anhang zu § 20: Die Ansicht der Gegner der Vertragstheorie.
§ 22. 3. Einfluß der Einrede auf die Bindung des Käufers.
§ 23. III. Die bindende Ausübung der Wahl beim Wahlrecht des Wahlschuldners.

Anhang zum II. Abschnitt.

Kapitel I.

Einfluß einer Mehrheit von Beteiligten auf die Ausübung der Wahl.

§ 24. I. Allgemeines.
§ 25. II. Einfluß einer Mehrheit von Beteiligten auf die Ausübung der Wahl beim Wahlrecht des Käufers.
§ 26. III. Einfluß einer Mehrheit von Beteiligten auf die Ausübung der Wahl beim Wahlrecht des Wahlschuldners.

Kapitel II.

Einfluß der Unkenntnis des Wahlrechts auf die Ausübung der Wahl.

§ 27. I. Allgemeines.

§ 28. II. Einfluß der Unkenntnis des Wahlrechts auf die Ausübung der Wahl beim Wahlrecht des Käufers.

§ 29. III. Einfluß der Unkenntnis des Wahlrechts auf die Ausübung der Wahl beim Wahlrecht des Wahlschuldners.

§ 30. **Schluß:** Das Ergebnis der Betrachtung.

§ 1.

Die Aufgabe.

Nach dem ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches war die Wahl des Käufers einer mit Mängeln behafteten Sache zwischen dem Rechte auf Wandelung und dem Rechte auf Minderung in gleicher Weise auszuüben wie die Wahl des Schuldners einer alternativen Schuld. Im Gegensatz dazu weist indessen unser heutiges Gesetz erhebliche Unterschiede in der Ausübung der beiden genannten Wahlen auf. Diese Unterschiede beruhen auf der grundverschiedenen rechtlichen Bedeutung, die der Wahl bei den beiden Rechtsverhältnissen vom heutigen Gesetze beigemessen ist.

Wir haben es uns nun zur Aufgabe gemacht, diese Verschiedenheiten im rechtlichen Charakter und der Ausübung der Wahl beim Wahlrecht des Käufers und beim Wahlrecht des Wahlschuldners einer Prüfung zu unterziehen. Wir gedenken dabei in der Weise vorzugehen, daß wir nach Maßgabe der Hauptgesichtspunkte die einzelnen Unterschiede sofort feststellen. Wir werden also in den einzelnen Abschnitten bezw. Kapiteln zunächst die Wahl beim Käuferwahlrecht einer Prüfung unterziehen und unmittelbar im Anschluß daran dieser die Wahl beim Wahlrecht des Wahlschuldners vergleichend gegenüber-

stellen. Nach einer eingehenden Prüfung werden wir dann zum Schlusse feststellen können, ob es zweckmäßig gewesen ist, daß der Gesetzgeber die ursprünglich geplante gleichmäßige Regelung aufgegeben und eine verschiedenartige Gestaltung der Wahl bei den beiden Rechtsverhältnissen herbeigeführt hat.

I. Abschnitt.

Der rechtliche Charakter der Wahl.

§ 2.

I. Allgemeines.

Der Begriff „Wahl", d. h. wählen, findet sich auf den verschiedensten Gebieten menschlichen Wirkens. Man spricht von der Wahl eines Reichstags-Abgeordneten ebenso wie von der Wahl einer Tischdame. Überall bedeutet der eigentliche Wahlvorgang dasselbe, nämlich Fixierung einer Person oder eines Gegenstandes aus einer Mehrheit von Personen oder Gegenständen. Nicht gleichartig aber ist, wie sich schon an den beiden obigen Beispielen erkennen läßt, die Bedeutung, die der geäußerten Wahl beigemessen wird. Im ersteren Falle ist mit der Äußerung zugleich der beabsichtigte Erfolg (Ausübung des staatsbürgerlichen Wahlrechts) herbeigeführt. Im zweiten Falle hat doch aber die Dame auch noch ein Wort mitzureden, damit der mit der Wahl beabsichtigte Effekt (Begründung der Tischnachbarschaft) eintritt. In der Wahl des Herrn liegt doch lediglich eine „Aufforderung", oder juristisch ausgedrückt, eine Offerte.

In ähnlicher Weise unterscheiden sich die beiden hier zu behandelnden privatrechtlichen Begriffe Wahl von

einander: Die Wahl des Käufers zwischen dem Rechte auf Wandelung und dem Rechte auf Minderung ist eine Offerte. Die Wahl des Schuldners bei der alternativen Schuld stellt sich als einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft dar. Das nähere darüber in den folgenden Paragraphen.

§ 3.

II. Der rechtliche Charakter der Wahl beim Wahlrecht des Käufers.

Das Gesetz selbst gebraucht den Ausdruck Wahl beim Wahlrecht des Käufers nicht. Daß es sich aber um eine solche handelt, ergiebt sich aus § 462 in Verbindung mit § 465 BGB. Die rechtliche Gestaltung der Wahl als Offerte ist dem Wortlaut des § 465 BGB zu entnehmen. Es heißt dort:

> Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt.

Diese Gestaltung der Wahl als Offerte ist ein Ergebnis der allerneuesten Zeit. Die römisch rechtlichen actio redhibitoria und actio quanti minoris waren nicht auf Anerkennung eines Wandelungs- bezw. Minderungsanspruches gerichtet. Sie gingen vielmehr von vornherein auf Aufhebung des Kaufvertrages bezw. auf Herabsetzung des Kaufpreises.[1]) Diese auch für das gemeine Recht geltende gesetzliche Regelung findet sich noch im ersten Entwurf des BGB.[2])[3]) Danach war „die Wahl voll-

---

[1]) Dernburg Pand. II, S. 278, 281.

[2]) I. Entwurf § 384 und § 208.

[3]) Motive, S. 227.

zogen, wenn sie von dem wahlberechtigten Teile erklärt" war. Der erste Entwurf konstruierte also die Wahl als einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Erst die zweite Kommission ist von dieser Konstruktion abgegangen. Sie hat das Rechtsverhältnis „in der Art gestaltet, daß der Mangel den Käufer berechtige, die Aufhebung des Kaufes oder die Herabsetzung des Kaufpreises durch einen darauf gerichteten Vertrag von dem Verkäufer zu verlangen."[4]) Die Gründe, weswegen man diese Konstruktion wählte, waren zwiefacher Art. Erstens[5]) sollte die Gewährleistungsfrist der Verjährung unterliegen. Und das ist nach § 194 BGB nur bei Ansprüchen der Fall. Zweitens[6]) wollte man den Käufer an die einmal erklärte Wahl nicht binden.[7]) Aus diesem Gedanken heraus ist der § 465 BGB entstanden.[8])

Unter den Offerten nimmt aber diese Offerte insofern eine Sonderstellung ein, als der Verkäufer gezwungen[9]) werden kann, dieselbe anzunehmen. Der Käufer kann nämlich lt. § 462 BGB. „verlangen", daß der Verkäufer in sein Wandelungs- oder Minderungsbegehren einwillige. Die Wahl ist demnach für den Käufer ein gesetzliches Recht[10]), für den Verkäufer eine „Zwangsofferte".

---

[4]) Protokolle, S. 680.

[5]) Protokolle, S. 680.

[6]) Protokolle, S. 709.

[7]) Auf dies sog. ius variandi wird noch näher einzugehen sein. Vgl. unten Kap. II.

[8]) Planck, § 465, Anm. 1.

[9]) Das nähere darüber unten § 8.

[10]) Als solches geht die Wahl zwar auf den Universalsuccessor, nicht aber auf den Singularsuccessor, über. (Vergl. auch § 478, Abs. 1, Satz 2 BGB.) [Vgl. Motive, S. 227: „dem Erwerber, und nur ihm"].

§ 4.

III. Der rechtliche Charakter der Wahl beim Wahlrecht des Wahlschuldners.

Im Gegensatz zur Wahl beim Wahlrecht des Käufers ist die Wahl bei der Wahlschuld als einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft geregelt.

Die einschlägige Vorschrift entnehmen wir dem § 263, Abs. 1 BGB. Es heißt dort:

> Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile.

Auch die Wahl des Wahlschuldners ist ein Recht,[1]) und zwar fast ausnahmslos[2]) ein vertragsmäßiges. Daher können auch die Parteien — im Gegensatz zum Käuferwahlrecht — von der gesetzlichen Regelung der Wahl abgehen und vereinbaren, daß zum Vollzuge der Wahl Vertrag erforderlich sei.[3]) Die Wahl des Wahlschuldners stellt sich dann ebenfalls als eine Offerte dar.

Ähnlich wie heute, wurde auch in Rom und nach gemeinem Recht die Wahl bei der alternativen Obligation regelmäßig durch einseitigen Akt des Wahlberechtigten ausgeübt.[4]) Neben der einseitigen Ausübung kam jedoch auch Vertrag zwischen den Parteien in Betracht.[5])

---

[1]) Im Gegensatz zum Wahlrecht des Käufers geht die Wahl des Wahlschuldners sowohl auf den Universal- als auf den Singularsuccessor über. Vgl. Schollmeyer, S. 62; Motive, S. 6.

[2]) Ausnahme, z. B. § 2154, Abs. 2 BGB.

[3]) Matthiaß, S. 334.

[4]) Über die Abweichung gegen heute vgl. unten § 11.

[5]) Windscheid-Kipp, S. 25, Anm. 7 bis 9.

II. Abschnitt.

Die Ausübung der Wahl.

Kapitel I.

Die verschiedenen Arten der Wahläußerung.

§ 5.

I. Allgemeines.

Nachdem wir im I. Abschnitt den rechtlichen Charakter der Wahl bei den beiden Rechtsverhältnissen kennen gelernt haben, wollen wir jetzt prüfen, welche rechtlichen Folgen sich an die Wahl in beiden Fällen knüpfen. Damit die Wahl irgend eine Wirkung erzielen kann, muß sie natürlich sinnfällig gemacht, geäußert werden. Dabei genügt es nicht, daß die Wahläußerung überhaupt in der Außenwelt bekannt[1]) wird. Vielmehr muß sie, um die beabsichtigte Wirkung erzielen zu können, je nach der Verschiedenheit der beiden Wahlverhältnisse, auch wirklich eine Offerte oder ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft sein. In den folgenden Paragraphen ist nun zunächst darzulegen, auf welche verschiedenen Arten die Wahl in diesem Sinne giltig und unanfechtbar geäußert werden kann.

II. Die verschiedenen Arten der Wahläußerung beim Wahlrecht des Käufers.

a. Die außergerichtliche Wahläußerung.

§ 6.

1. Die Wahläußerung des Käufers durch Willenserklärung.

In Rom und nach gemeinem Recht war die getroffene Wahl gerichtlich geltend zu machen. Darauf

[1]) In demselben Sinne: Litten, S. 142.

weisen die „actio“ redhibitoria und die „actio“ quanti minoris hin. Heute kommt dagegen in erster Linie eine außergerichtliche Wahläußerung in Betracht. Das geht schon aus dem ersten Entwurf hervor.[1]) Und die Motive dazu betonen ausdrücklich, daß zur Ausübung der Wahl nicht Erhebung der Klage erforderlich sei.[2]) Die Umkonstruierung der Wahl in eine Offerte durch die zweite Kommission hat an der Art der Geltendmachung nichts geändert. Vielmehr wird in den Protokollen der zweiten Kommission wieder hervorgehoben, daß in erster Linie die Wandelung oder Minderung durch außergerichtlichen Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer vollzogen werde.[3]) Dieser Standpunkt der zweiten Kommission kommt auch im § 465 BGB zum Ausdruck. Danach ist also die Wahl dergestalt geltend zu machen, daß sie dem Verkäufer gegenüber in Form einer Offerte erklärt wird. Diese Erklärung unterliegt den allgemeinen Regeln über die Willenserklärung. Als Offerte ist sie eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie wird also nach § 130 BGB wirksam, wenn sie dem Verkäufer zugeht. Diese Vorschrift bezieht sich allerdings nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf Erklärungen unter Abwesenden. Analog ist sie aber auch auf Erklärungen unter Anwesenden anzuwenden[4]) Kenntnisnahme von Seiten des Verkäufers ist bei Erklärungen unter Anwesenden u. E. nicht erforderlich. Denn der Käufer, dem nach § 465 BGB sogar ein Recht auf Annahme seiner Offerte zusteht, kann doch

[1]) I. Entwurf § 383.
[2]) Motive, S. 228.
[3]) Protokolle, S. 710.
[4]) Cosack, S. 179, Anm. 5.

zum mindesten verlangen, daß seine mündliche Offerte wenigstens entgegengenommen wird. Böser Wille des Verkäufers kann nun und nimmermehr der Wirksamkeit der Willenserklärung entgegenstehen.[5]) Aber auch Unvermögen des Verkäufers, die Erklärung zu verstehen, kann dieser ihre Wirksamkeit nicht nehmen.[6]) Auf die Eventualität einer Mängelrüge muß jeder Verkäufer gefaßt sein. Wollte er dieser entgehen, so hätte er eben eine fehlerlose Sache liefern müssen. Dem Käufer dürfen jedenfalls durch Umstände, die in der Person des Verkäufers liegen, größere Schwierigkeiten nicht erwachsen. Er hat seine Pflicht und Schuldigkeit getan, wenn er dem Verkäufer gegenüber seinen Willen erklärt. Mag dieser dafür sorgen, daß jederzeit ein Vertreter vorhanden ist, um jene Erklärung entgegenzunehmen.[7]) Gegen zu weit gehende Rücksichtslosigkeit schützt den Verkäufer der § 226 BGB.

Hinsichtlich der Tageszeit und des Ortes der abzugebenden Willenserklärung ist im BGB nichts gesagt. Daraus wird man aber nicht etwa schließen dürfen, daß der Käufer nun nach seinem Belieben jederzeit und an jedem Orte eine giltige Wahlerklärung abgeben könne.

---

[5]) Enneccerus-Lehmann, S. 170;
Szkolny-Caro, S. 159, 3 a;
Planck, BGB. I. Band, 1898 § 130, Anm. 1.

[6]) Cosak, S. 179;
Weyl, S. 246;
a. A. Szkolny-Caro, a. a. O.;
„ Enneccerus-Lehmanu, a. a. O.;
„ Litten, S. 145;
„ Fischer-Heule, § 130, Anm. 2;
„ Planck, a. a. O.

[7]) Diese ganze Frage ist wichtig namentlich im Hinblick auf § 478, Abs. 1, Satz 1 BGB. Vgl. auch Note [11]).

Vielmehr wird es Sache des Richters sein, im Einzelfalle festzustellen, ob und inwieweit der Verkäufer im konkreten Falle — etwa im Theater oder im Augenblick der Abreise in ein Seebad — zur Entgegennahme der Erklärung verpflichtet war. Allzu weit gehende Anforderungen in diesem Punkte wird man schon aus dem Grunde nicht an den Verkäufer stellen dürfen, weil der Käufer durch den § 478, Abs. 1, Satz 1 BGB in die Lage gesetzt ist, seine Rechte dadurch zu wahren, daß er eine Anzeige, enthaltend die Mängelrüge, an den Verkäufer absendet. Das herrschende Prinzip der Empfangstheorie ist hier vom Gesetze zu Gunsten der Äußerungs-, genauer der Übermittelungstheorie, durchbrochen worden.

An eine bestimmte Form ist die Erklärung des Käufers nicht gebunden.[8]) Er kann die Wahl unter Anwesenden mündlich, unter Abwesenden beispielsweise durch einen Boten, Vertreter oder schriftlich erklären.

Auf die Frage, ob beim Wandelungsvertrag hinsichtlich eines Grundstücks die Formvorschrift des § 313 BGB zur Anwendung kommt, kann erst später eingegangen werden.[9]) Falls aber diese Frage zu bejahen ist, muß ein Käufer, der einem abwesenden Verkäufer gegenüber hinsichtlich eines Grundstücks Wandelung beantragt, allerdings seinen Antrag beurkunden lassen[10]). Und insofern würde dann der Grundsatz der Formlosigkeit jeder Wahlerklärung eine Ausnahme erleiden.

Wie bei Verträgen grundsätzlich Bedingungen zulässig sind, so ist auch die Wahlerklärung des Käufers

---

[8]) Goldmann-Lilienthal, S. 499, Anm. 13.
[9]) Vgl. unten § 18.
[10]) BGB § 152.

unter einer Bedingung statthaft. Ja, der Verkäufer wird in diesem Fall nicht einmal einer bedingten Wahläußerung mit Wirksamkeit widersprechen können, sie vielmehr in gleicher Weise wie eine unbedingte[11]) entgegennehmen müssen. Denn man darf nicht vergessen, daß es sich nicht um einen Vertrag handelt, dessen Zustandekommen vom freien Willen des Verkäufers abhängig ist. Infolgedessen muß der Verkäufer sich auch einen Vertragsantrag unter einer Bedingung gefallen lassen. Die am häufigsten vorkommende bedingte Wahlerklärung wird übrigens eine potestative Bedingung sein, d. h. eine Bedingung, bei welcher der Verkäufer es in der Hand hat, den Schwebezustand selbst sofort zu beseitigen. Ein Beispiel hierfür ist folgender, im Leben wohl tagtäglich vorkommender Fall: „Wenn Sie mir die gekaufte fehlerhafte Sache nicht x Mark billiger lassen, können Sie sie wieder abholen." Der Sinn dieser Worte ist: „Ich beantrage Wandelung für den Fall, daß Sie nicht meinen Minderungsantrag annehmen." Dabei ist der Minderungsantrag eine resolutiv bedingte, der Wandelungsantrag eine suspensiv bedingte Offerte.[12]) Und jeder von ihnen hat Giltigkeit.

Übrigens hat auch bei nicht gerade potestativen Bedingungen der Verkäufer ein Mittel, den Schwebezustand insofern zu beseitigen, daß ein bedingter Wandelungsantrag seine Wirksamkeit verliert. Denn nach

---

[11]) Wichtig mit Rücksicht auf § 478, Abs. 1, S. 1 BGB. Vgl. unten S. 23, am Ende des ersten Absatzes.

[12]) Dies ist nicht etwa eine Wahlschuld mit Wahlberechtigung des Verkäufers. Denn es ist immer nur una res in obligatione und una in solutione. Daher auch keine facultas alternativa des Verkäufers. Vgl. Canetta, S. 25.

§ 466 BGB kann er dem Käufer unter Erbieten zur Wandelung eine angemessene Frist zur definitiven Erklärung des Wandelungsantrages setzen. Nach Ablauf dieser Frist geht dem Käufer das Recht, Wandelung zu verlangen, verloren. Der Verkäufer kann allerdings diesen Druck auf den Käufer nur dann ausüben, wenn der Käufer ihm gegenüber einen Mangel behauptet hat. Diese Mängelrüge liegt aber schon, falls sie nicht ausdrücklich betont wird, in der bedingten Wahlerklärung.[13])

Was von der Wahlerklärung unter einer Bedingung gesagt wurde, gilt analog für eine Wahläußerung unter einer Zeitbestimmung. Praktisch dürfte diese indessen nur als auflösende Zeitbestimmung in Betracht kommen.[14])

Wie jede Willenserklärung, so ist auch die Wahläußerung wegen Irrtums,[15]) arglistiger Täuschung[16]) oder widerrechtlicher Drohung anfechtbar, bei Mangel an Ernst[17]) nichtig.[18])

Wie jede Willenserklärung wird sie unwirksam, wenn dem Verkäufer vor oder gleichzeitig mit ihrem Zugehen ein Widerruf zugeht.[19])

---

[13]) Denn überall da, wo überhaupt von einer Wahlerklärung — d. i. eben zwischen dem Rechte auf Wandelung und dem Rechte auf Minderung — die Rede sein kann, sind notwendigerweise auch Mängel vorhanden.

[14]) Eine solche Erklärung wird regelmäßig eine Bindung des Käufers an seine Erklärung bis zu einem gewissen Termine unter Ausschluß der Widerruflichkeit bedeuten. Vgl. das Nähere unten § 14.

[15]) BGB §§ 119 ff.

[16]) BGB §§ 123 f.

[17]) BGB § 118.

[18]) Cosack, S. 297.

[19]) BGB § 130, Abs. 1, Satz 2.

Keine Schwierigkeit bietet die Frage, wie der Inhalt der Wandelungsofferte zu lauten hat: Er muß auf Aufhebung des Kaufvertrages gehen.

Beim Minderungsantrag könnte es jedoch zweifelhaft sein, besonders mit Rücksicht auf den § 472 BGB, der eine bestimmte Berechnungsnorm festsetzt, ob von vornherein ein bestimmter Betrag anzugeben ist, um welchen Minderung begehrt wird, oder ob ein Minderungsantrag schlechthin, ein Minderungsantrag „in blanco" genügt. U. E. ist nur ein ziffernmäßiger Minderungsantrag als giltige Wahläußerung anzusehen.[20]) Und zwar folgt dies aus dem dem Käufer zustehenden ius variandi.[21])

Nicht erforderlich ist es, daß die Wahlerklärung ausdrücklich in Form einer Offerte erfolgt. In der Praxis wird sogar die ausdrückliche Offerte an den Verkäufer, in den Wandlungs- bezw. Minderungsvertrag einzuwilligen, so gut wie nie vorkommen.[22]) Der Käufer wird vielmehr regelmäßig von vornherein das Verlangen an den Verkäufer richten, die Sache zurückzunehmen bezw. sich mit einem niedrigeren Kaufpreis zu begnügen. In diesem Verlangen ist stillschweigend eine Offerte mitinbegriffen, gerichtet auf Herbeiführung des Wandelungs- bezw. Minderungsvertrages.[23])

Ebenfalls wird man eine Drohung des Käufers „Ich werde Sie verklagen, wenn Sie nicht die Sache

---

[20]) Übereinstimmend Planck, S. 250, § 465, Anm. 2;
A. A. Crome, S. 461, zu Anm. 19;
„ Stratmann, S. 10/11.

[21]) Eine nähere Begründung kann an dieser Stelle noch nicht erfolgen. Vgl. hierzu unten § 18.

[22]) Goldmann-Lilienthal, S. 499, Anm. 14.

[23]) Planck, § 465, Anm. 1.

zurücknehmen" bezw. „wenn Sie nicht den Kaufpreis herabsetzen" als giltige Offerte des Käufers anzusehen haben[24].)

§ 7.

2. Die Wahläußerung des Käufers durch konkludente Handlungen.

Im Anschluß an den vorigen Paragraphen werden wir uns hier mit der Frage zu beschäftigen haben, ob in schlüssigen Handlungen des Käufers, also in einer Leistung oder in einer Teilleistung, eine giltige Wahläußerung zu erblicken ist.

Was zunächst die Leistung anbetrifft, so tauchen zwei Fragen auf:

1) Liegt darin, daß der Käufer die mangelhafte Sache zurücksendet, eine Offerte, gerichtet auf Eingehung in einen Wandelungsvertrag? Diese Frage wird unbedenklich zu bejahen sein. Denn wie wir schon am Schlusse des vorigen Paragraphen feststellten, ist keineswegs eine ausdrückliche Erklärung in Form einer Offerte nötig. Es genügt vielmehr, daß der Wille des Käufers, die Wahl auszuüben, nur sonstwie erkennbar ist. Und in der Rückgabe der fehlerhaften Sache ist regelmäßig[1]) ein Wandelungsantrag des Käufers zu erkennen.
2) Liegt darin, daß der Käufer einen geringeren als den vereinbarten Kaufpreis zahlt, eine Offerte, gerichtet auf Eingehung in einen Minderungsvertrag? Keines-

---

[24]) A. A. Leonhard bei Eck, S. 450, Anm. 1.

[1]) Selbst im Hinblick auf § 480, Abs. 1, Satz 1. Dabei wird ein Nachlieferungsverlangen ausdrücklich zu erklären sein („. . . . . kann „statt". . . . . verlangen . . .").

wegs. Vielmehr wird der Käufer bei einer solchen Zahlung ausdrücklich erklären müssen, daß er Minderung beantrage. Andernfalls wird man in der verminderten Zahlung nichts anderes erblicken können, als eine Abzahlung des Kaufpreises.

Anders gestaltet sich die Sachlage, wenn es sich um Teilleistungen handelt. Bei der Prüfung dieser Frage haben wir wiederum zwischen Wandelungsantrag und Minderungsantrag zu unterscheiden.

I. Wandelungsantrag.

Dabei ergeben sich folgende Möglichkeiten:

1) Es handelt sich um eine einheitliche Sache: Dann kann selbstverständlich von einer Teilrückgabe nur dann die Rede sein, wenn sich die Sache in zerbrochenem Zustande befindet. In dem Falle wird jedoch regelmäßig bereits in der Rücksendung eines Teiles ein Wandelungsantrag gefunden werden müssen.
2) Es handelt sich um mehrere verkaufte Sachen, von denen nur einzelne mangelhaft sind: Dann kann nur in Ansehung dieser letzteren Wandelung verlangt werden.[2]) Wird nun von diesen Sachen, hinsichtlich derer Wandelung verlangt werden kann, nur ein Teil zurückgesandt, so ist dabei selbstredend noch eine ausdrückliche Erklärung nötig, falls auch hinsichtlich der übrigen mangelhaften Sachen Wandelung verlangt wird. In dieser Teilsendung kann natürlich noch nicht ein Vertragsantrag auf Wandelung der sämtlichen zur Wandelung berechtigenden Gegenstände erblickt werden.

---

[2]) BGB § 469, Satz 1.

3) Mehrere Sachen sind als zusammengehörend verkauft: Dann ist bei einer teilweisen Rücksendung ebenfalls eine ausdrückliche Erklärung hinzuzufügen, falls Wandelung hinsichtlich der sämtlichen Gegenstände verlangt wird. Denn die Vorschrift, daß der Käufer Wandelungsvertrag betreffs sämtlicher Sachen verlangen kann,[3]) bedeutet für ihn eben nur ein Recht, keine Pflicht.[4]) Sendet er also nur einen Teil der Sachen zurück, so ist sein Wandelungsantrag als nur auf diese gerichtet anzusehen.
4) Ist eine Haupt- und eine Nebensache verkauft, so bedeutet die Rücksendung der mangelhaften Nebensache nur Wandelungsantrag in Ansehung der Nebensache.[5]) Ist auch die Hauptsache mangelhaft, so hat der Käufer sich ausdrücklich zu erklären, falls er auch wegen dieser Wandelung begehrt.
5) Ist eine Haupt- und eine Nebensache verkauft, so bedeutet die Rücksendung der mit Mängeln behafteten Hauptsache ohne weiteres auch Wandelungsantrag hinsichtlich der Nebensache.[6])

II. Minderungsantrag.

Hier wird bei einer Teilzahlung, die auf eine Sache erfolgt, hinsichtlich derer Minderung begehrt wird, der Käufer ausdrücklich erklären müssen, daß er Minderung beantrage. Andernfalls wird man in der Teilzahlung

---

[3]) BGB § 469, Satz 2.

[4]) Allerdings kann der Verkäufer einem Wandelungsantrag hinsichtlich eines Teiles der Sachen in diesem Falle u. U. wirksam widersprechen. Vgl. § 469, Satz 2 BGB.

[5]) BGB § 470, Satz 2.

[6]) BGB § 470, Satz 1.

nichts anderes sehen können, als eine Abzahlung, eine Teilleistung des Kaufpreises.

b. Die gerichtliche Wahläußerung.

§ 8.

1. Die Wahläußerung des Käufers durch Klage bezw. Widerklage.

Wenn auch — wie wir im § 5 hervorgehoben haben — der natürliche und primär in Betracht kommende Weg, die Wahl auszuüben, der außergerichtliche ist, so ist es doch selbstverständlich, daß die Parteien zur Klärung ihrer Angelegenheit auch den Rechtsweg beschreiten können.

Wir wollen nun im folgenden bei der Prüfung der gerichtlichen Wahlausübung so vorgehen, daß wir zunächst die verschiedenen in Betracht kommenden Möglichkeiten der gerichtlichen Geltendmachung feststellen und dann prüfen, wie in den einzelnen Fällen der Klagantrag zu lauten hat, damit er eine giltige Wahläußerung darstelle. Dabei wollen wir uns zunächst unter a mit der Klage, später unter b mit der Widerklage befassen.

a. Klage.

Hierbei haben wir zu unterscheiden[7]):

1. Der Käufer hat den Kaufpreis noch nicht gezahlt: Dann ist ein Proceß erforderlich, in dem der Verkäufer zur Annahme des Wandelungs- bezw. Minderungsanspruches zu verurteilen ist. Da nach § 894 CPO. das Urteil die Annahme ersetzt, so ist mit

[7]) Vgl. Schroeder, S. 41.

dem Urteil der Vertrag zustande gekommen. Der Käufer braucht nun den Kaufpreis nicht, bezw. nicht voll, zu bezahlen.

2. Der Käufer hat den Kaufpreis bereits bezahlt: Dann ist theoretisch die Sachlage sehr einfach: Der Käufer muß in einem ersten Proceß auf Eingehung in den Wandelungs- bezw. Minderungsvertrag Klage erheben. Hat er dann in diesem Proceß obgesiegt, so muß er in einem zweiten Proceß auf die Verwirklichung des Vertrages klagen. Auf ein derartig weitschweifiges Verfahren „wird sich indeß die Praxis mit Recht nicht einlassen“[8]). Man hat sich daher gefragt, ob es juristisch nicht möglich sei, beide Ansprüche in einem einzigen Proceß zu verbinden. Und diese Möglichkeit ist in der Tat vorhanden. Und zwar begründet man die Möglichkeit aus § 259 CPO. Es heißt dort:

> Klage auf künftige Leistung . . . . . kann erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde.

Wenn nun „der Beklagte sich zur Abgabe der Einwilligung in Wandelung oder Minderung weigert, ist stets die Besorgnis gerechtfertigt, daß er sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde“.[9]) Es muß daher dem Käufer gestattet sein, schon gleichzeitig mit der Klage auf Eingehung in den Vertrag auch die Klage auf Verwirklichung desselben zu erheben.

[8]) Dernburg II, S. 58.
[9]) Kuhlenbeck II, S. 260. Ebenso: Dernburg II, S. 58.

Nun sind aber gegen die Möglichkeit, den § 259 CPO. herbeizuziehen, Bedenken laut geworden. Erstens sei es, so sagte man, noch nicht sicher, daß der § 259 CPO. auf bedingte Ansprüche anzuwenden sei. Aber selbst wenn bedingte Ansprüche auch stets befristete seien, so könne man doch im konkreten Fall nicht von einem „Anspruch" reden, da der Anspruch „noch nicht einmal bedingte Existenz gewonnen" habe, vielmehr erst mit dem Abschluß des Gewährleistungsvertrages existent werde. Vorher „entbehre der Anspruch überhaupt jeglichen Rechtsgrundes."[10]) Demgegenüber möchten wir aber behaupten: Eine Leistung, die nicht in der Gegenwart bewirkt werden muß, kann, sofern sie überhaupt einmal bewirkt werden muß, lediglich in der Zukunft zu bewirken sein. Und in diesem Sinne ist der in Frage kommende Gewährleistungsanspruch jedenfalls ein „künftiger". Denn er ist erst nach Abschluß des Vertrages zu verwirklichen. Bedenklich bleibt also nur der Umstand, daß der § 259 CPO. von einer „Leistung" spricht. Darunter wird man in der Tat auf den ersten Blick eine Leistung verstehen, die wirklich einen Rechtsgrund hat,[11]) von der es also schon jetzt feststeht, daß sie einmal bewirkt werden muß. Andernfalls hätte der § 259 CPO. lauten müssen: „Klage auf künftige „eventuell" zu bewirkende Leistung . . . . ."

Diese Bedenken aber lassen sich u. E. durch folgende Erwägung beseitigen: Wenn es auch nicht ganz sicher feststeht, daß die in Frage kommende Leistung einmal bewirkt werden muß, so ist es doch höchstwahrscheinlich.

[10]) Haymann, S. 516 f.
[11]) Vgl. Haymann, S 516.

Mindestens aber ist doch die Wahrscheinlichkeit, daß sie zu bewirken ist, eine größere, wie die, daß sie nicht zu bewirken sein wird. Denn falls nur überhaupt Mängel vorhanden sind, sind bis zur Entscheidung des ersten Processes die Chancen des Käufers größer, als die des Verkäufers. Nun schützt aber das Gesetz auch sonst „eventuelle" Ansprüche, d. h. solche, von denen es noch garnicht feststeht, ob sie einmal wirkliche Ansprüche werden. Es ist dabei auf den § 154 Konk.-Ordng. hinzuweisen. Dort heißt es:

> Forderungen unter aufschiebender Bedingung werden bei einer Abschlagsverteilung zu dem Betrage berücksichtigt, welcher auf die unbedingte Forderung fallen würde.

Und im zweiten Absatz wird hinzugefügt, daß nur dann bei der Schlußverteilung „die Berücksichtigung ausgeschlossen ist, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, daß die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat". In demselben Sinne äußert sich der § 916, Abs. 2 CPO. Danach ist unter der gleichen Voraussetzung wie im § 154 Konk.-Ordng. bei bedingten Ansprüchen sogar der Arrest zulässig. Wenn in diesen Fällen also „eventuelle" Ansprüche geschützt werden, wenn ihre unbedingte Existenz auch nur mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, um wieviel mehr läßt sich in unserem Fall der Schutz eines „eventuellen" Anspruchs rechtfertigen, dessen Existentwerden im höchsten Grade wahrscheinlich ist. Daß es sich in den erwähnten Fällen um wahre bedingte Ansprüche handelt, denen bereits ein Vertrag zu Grunde liegt, während in unserem Fall ein noch garnicht

existierender Faktor erst die Grundlage für den Anspruch bilden soll, kann unserer Beweisführung nicht im Wege stehen. Denn wenn wir von der juristischen Konstruktion dieser „eventuellen" Ansprüche absehen und sie so nehmen, wie sie in der Wirklichkeit vorhanden sind, dann läßt sich nicht einsehen, warum jenen „eventuellen" Ansprüchen ein größerer Schutz gewährt werden soll, als dem „eventuellen" Anspruch des Käufers. Und aus dem Grunde geht man u. E. nicht zu weit, wenn man die „künftige Leistung" des § 259 CPO. so interpretiert, daß darunter auch jede, wenn auch nicht mit absoluter Gewißheit, so doch aller Wahrscheinlichkeit nach, in der Zukunft zu bewirkende Leistung zu verstehen ist.[12])

Sodann ist bestritten worden, daß die Weigerung zur Abgabe der Einwilligung in den Gewährleistungsantrag die Besorgnis rechtfertige, daß der Verkäufer sich der rechtzeitigen Rückzahlung entziehen werde.[13]) Dem ist aber mit Recht entgegengehalten worden, „daß, wenn der Verkäufer sich geweigert hat, freiwillig die Wandelung bezw. Minderung zu vollziehen",[14]) „auch die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß er auch die aus dem abzuschließenden Gewährleistungsvertrage entspringenden Verbindlichkeiten nicht rechtzeitig erfüllen werde".[15])

Hiermit haben wir also die Möglichkeit festgestellt, daß die auf Verwirklichung des Gewährleistungsvertrages gerichtete Klage schon zu derselben Zeit, wie die auf Einwilligung in jenen Vertrag abzielende Klage erhoben

[12]) A. A. namentlich: Haymann, S. 511.
[13]) Haymann, S. 517. Vgl. dazu: Schroeder, S. 46.
[14]) Klofs, S. 290.
[15]) Schroeder, S. 46.

werden kann. Eine Klagenverbindung ist statthaft nach § 260 CPO.

Außer der sich auf § 259 CPO. stützenden Beweisführung der Klagenverbindung hat man noch auf andere Weise versucht, den Nachweis zu erbringen, daß eine Klagenverbindung möglich ist.[16]) Des näheren darauf einzugehen, ist hier aber nicht der Ort. Uns muß es genügen, festgestellt zu haben, daß eine Verbindung der beiden Klagen überhaupt möglich und zulässig ist.

Hiermit haben wir die einzelnen Möglichkeiten der processualen Geltendmachung der Ansprüche des Käufers kennen gelernt. Im folgenden wollen wir nun prüfen, wie im einzelnen Fall der Klagantrag zu lauten hat, um eine giltige Wahläußerung darzustellen.

Im Falle 1, wo nur eine Klage in Betracht kommt, haben wir wieder zwischen Wandelungs- und Minderungsbegehren zu unterscheiden. Beim Begehren eines Wandelungsvertrages wird der Antrag einfach auf Annahme der Offerte zu richten sein. Beim Antrag eines außergerichtlichen Minderungsvertrages ist, wie wir oben gesehen haben,[17]) eine ziffernmäßige Offerte notwendig. Dasselbe wird man bei einer Klage auf Eingehung in einen Minderungsvertrag annehmen müssen. Abgesehen davon, daß hierbei dieselbe Erwägung maßgebend ist, wie beim außergerichtlichen Minderungsantrag[18]), ist nach § 253, Abs. 2 CPO. ein bestimmter Klagantrag unerläßlich. Der weitere Verlauf des Processes ähnelt einem Schadenersatzproceß. Erscheint dem Richter der

[16]) Vgl. hierzu: Schroeder S. 43 f.
[17]) Oben S. 24.
[18]) Oben S. 24 zu Note 21; unten § 18.

Betrag, um den Minderung beantragt wurde, zu hoch, so erkennt er auf einen angemessenen, dem Beklagten also günstigeren, unter teilweiser Abweisung der Klage.[19])

Diese Art des gerichtlich abgeschlossenen Minderungsvertrages ist von einigen Seiten heftig bekämpft worden. Man nannte einen auf diese Weise zustande gekommenen Vertrag eine „Karrikatur des Vertragsbegriffs".[20]) Denn den Inhalt des Vertrags habe „weder Kläger noch Beklagter durch seinen Willen bestimmt". Dem möchten wir entgegenhalten: Der Wille des Beklagten ist in allen Fällen eines gerichtlichen Gewährleistungsvertrages irrelevant. Dies hat seinen Grund eben darin, daß es sich um einen Zwangsvertrag für den Verkäufer handelt.[21]) Daß also des Beklagten Wille nicht beim Minderungsvertrag maßgebend ist, ist durchaus nichts abnormes. Man kann aber andererseits nicht sagen, daß der Vertrag nicht durch den Willen des Klägers bestimmt werde. Denn wenn auch der Käufer einen bestimmten Antrag stellt, so weiß er dabei doch von vornherein, daß der Richter eventuell eine andere Offerte an dessen Stelle setzen wird.[22]) Damit wird er in der Regel auch völlig einverstanden sein. Der Richter nimmt dann dem Kläger gegenüber zugleich etwa die Stellung ein, die ein Bevollmächtigter[23]) innehat, der vom Käufer damit betraut ist,

[19]) Crome, S. 462.

[20]) Eccius, S. 334.
In demselben Sinne: Endemann, S. 722, Anm. 13.

[21]) Vgl. oben S. 16 am Ende.

[22]) Zu dem gleichen Ergebnis: Goldmann-Lilienthal, S. 500.

[23]) Daß eine Doppelstellung des Richters möglich ist, ergibt sich z. B. aus § 503 CPO. Dort wird dem Richter neben seiner richterlichen zugleich eine Anwaltsfunktion zugeschrieben.

an seiner Stelle mit dem Verkäufer sich auf einen Minderungsvertrag zu einigen. Dabei kann der Käufer seinem Bevollmächtigten natürlich ein Limitum setzen. Und es muß dem klagenden Käufer auch freistehen, in seiner Klageschrift hervorzuheben, daß er sich auf eine richterliche Modifizierung des Antrages nicht einlasse. In dem Fall wird er selbstredend abgewiesen werden, falls dem Richter sein Klagantrag nicht angemessen erscheint. Regelmäßig wird man aber bei einer Minderungsklage, die ohne Vorbehalt erhoben ist, anzunehmen haben, daß der Käufer mit einer Modifizierung seiner Offerte einverstanden ist. U. E. ist ein so zustande gekommener Vertrag durchaus nicht die „Karrikatur des Vertragsbegriffs". Er entspricht vielmehr vollkommen den Intentionen der bei diesem Vertrag mit einem Vertragswillen allein in Betracht kommenden Vertragspartei, nämlich des klagenden Käufers.

Hiermit haben wir also festgestellt, daß die Minderungsklage ziffernmäßig zu erheben ist, und daß daraus auch durchaus keine widersinnigen Konsequenzen erwachsen können.

Wir kommen nun zum Falle 2, wo, wie wir gesehen haben, eine Klagenverbindung erforderlich ist, weil der Käufer bereits den Kaufpreis gezahlt hat. Und es fragt sich nun, wie in diesem Falle der Klagantrag zu stellen ist, um als giltige Wahläußerung gelten zu können. Einen Antrag, der durchaus treffend ist, empfiehlt Dernburg.[24]) Er lautet:

„Den Beklagten zu verurteilen, in die Wandelung

[24]) Dernburg II S. 58/9, Anm. 13.

des Kaufvertrages einzuwilligen, und demgemäß an Kläger den Kaufpreis . . . . . zurückzuzahlen",

bezw.

„Den Beklagten zu verurteilen, sich mit der Minderung des Kaufpreises einverstanden zu erklären und demgemäß an Kläger x Mark zu zahlen".

Man wird indessen nicht sagen dürfen, daß dieser Klagantrag die einzige Möglichkeit einer giltigen gerichtlichen Wahläußerung bildet. Vielmehr wird man eine Klage, welche unmittelbar auf die Leistung gerichtet ist, nicht um deswillen abweisen dürfen, weil sie nicht auch zugleich einen Antrag auf Einverständniserklärung enthält.[25]) In dem Verlangen des Käufers nach vollständiger bezw. teilweiser Rückzahlung des Kaufpreises ist vielmehr auch „implicite"[26]) das Verlangen nach Einwilligung in den Wandelungs- bezw. Minderungsvertrag enthalten.[27]) Und dementsprechend ist auch ein lediglich auf die Verwirklichung des Anspruchs gerichteter Antrag stets dahin zu interpretieren, daß der Käufer

1. Einwilligung in den Wandelungs- bezw. Minderungsvertrag und
2. Verwirklichung des sich aus dem betreffenden Vertrag ergebenden Anspruchs

beantragt habe.

Selbstverständlich ist es, daß jede der in diesem Paragraphen genannten Klagen den Erfordernissen des

[25]) Diese Anschauung enspricht auch der Ansicht der zweiten Kommission und dem wiederholt vom Reichsgericht vertretenen Standpunkt. Vgl. Protokolle S. 710. R. E. Bd. 27, S. 397. R. E. Bd. 39, S. 188.

[26]) Goldmann-Lilienthal, S. 499 und 500, Anm. 16.

[27]) A. A. Schroeder, S. 48 f.

§ 253 CPO. genügen muß, um als giltige Wahläußerung gelten zu können.

Bemerkt sei, daß eine Zurücknahme der Klage bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache ohne weiteres, nachher nur mit Einwilligung des Verkäufers möglich ist.[28])[29])

b. Widerklage.

In den Fällen, wo der Käufer den Kaufpreis noch nicht, bezw. nicht ganz, gezahlt hat, wird regelmäßig, falls eine außergerichtliche Einigung nicht zu Stande kommt, nicht der Käufer,[30]) sondern der Verkäufer klagen. In dem Falle kann dann der Verkäufer seine Ansprüche in Gestalt einer Widerklage geltend machen.

Was unter a von der Klage gesagt wurde, findet auf die Widerklage entsprechende Anwendung. Im Gegensatz zur Klage kann ihre Erhebung jedoch mündlich erfolgen.[31])

§ 9.

2. Die Wahläußerung des Käufers durch Einrede.

Neben der Klage resp. Widerklage hat das Gesetz dem Käufer ausdrücklich noch ein anderes Mittel gegeben, sein Recht gegenüber dem Verkäufer zu wahren. Und dies Mittel ist die Einrede. In dem Fall nämlich, daß der Käufer den Kaufpreis nicht, bezw. nicht voll, bezahlt

---

[28]) CPO. § 271.

[29]) Auf die Frage nach der örtlichen Zuständigkeit der Klage kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Vgl. hierzu Goldmann-Lilienthal, S. 502, Anm. 5 und Staub § 377, Anm. 50.

[30]) Vgl. auch unten § 20, Note 1.

[31]) CPO. § 278, Abs. 1.

hat, wird in der Regel, wie wir im vorigen Paragraphen unter b. gesehen haben, der Verkäufer klagen. Und für den Fall steht dem Käufer das Recht der Einrede zu. Daß er es hat, geht aus dem § 478 BGB hervor, in dem die Rede davon ist, daß der Käufer dies Recht unter Umständen „auch" nach der normalerweise eintretenden Verjährung seiner Ansprüche hat.[1]) Also muß er es vorher auch schon gehabt haben.

Liegt denn nun in dieser Einrede eine Wahläußerung, die zugleich eine giltige Offerte ist? Sicher ist, daß die Einrede regelmäßig das stillschweigende Verlangen enthält, der Richter möge den Kläger verurteilen, sich mit der Wandelung bezw. Minderung einverstanden zu erklären.[2]) Doch diesem Verlangen nachzukommen ist dem Richter nicht möglich.[3]) Denn

1. sind Einreden „Gegenrechte behufs Abwehr eines Klagerechtes".[4]) Sie können also nur Abweisung des Klägers bewirken, nicht aber selbst Grundlage eines neuen Rechtes sein. Und
2. ist eine Entscheidung über diese Einrede nach § 322 Abs. 1 CPO. nicht der Rechtskraft fähig.[5]) Demnach ist ein Urteil, „mit dessen Rechtskraft der Vertrag geschlossen gilt"[6]), unmöglich.

---

[1]) Schroeder, S. 72 und Stratmann, S. 37, beide unter Hinweis auf: Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899; S. 294.

[2]) Goldmann-Lilienthal, S. 501.

[3]) A. A. Goldmann-Lilienthal, S. 501.

[4]) Stratmann, S. 36;
Dernburg, Pand. I, S. 317.

[5]) Schroeder, S. 76, Anm. 1;
Planck, S. 260, § 478, Anm. 3 a.

[6]) Stratmann, S. 36.

Der Richter kann zwar auf Grund dieser Einrede kraft § 478 BGB. den Verkäufer mit seiner Klage abweisen. Ein Klagantrag, auf Grund dessen der Richter den Verkäufer zur Eingehung in den Wandelungs- bezw. Minderungsvertrag verurteilen könnte, ist die Einrede nicht.

Wohl aber kann der Verkäufer selbst freiwillig auf den einredeweise verlangten Wandelungs- bezw. Minderungsvertrag eingehen.[7]) Denn wenn es auch processual nicht statthaft ist, die Einrede zur Grundlage eines durch Urteil zu schließenden Vertrages zu machen, so steht doch dem nichts im Wege, die Einrede als eine außergerichtliche Offerte zu betrachten, sofern sie nur sonst allen Anforderniſſen genügt, die wir oben in § 6 für eine Wahläußerung in Gestalt einer Willenserklärung festgestellt haben. Wir sehen also, diese Einrede ist lediglich als außergerichtliche Offerte anzusehen. Will der Käufer auf gerichtlichem Wege einen Wandelungs- bezw. Minderungsvertrag durchsetzen, so muß er, anstatt die Einrede geltend zu machen, die in § 8 unter b besprochene Widerklage erheben.[8])

Wie im Anfang dieses Paragraphen angedeutet wurde, verbleibt dem Verkäufer unter gewissen Vorausſetzungen[9]) die Einrede, obgleich lt. § 477 BGB sein Anspruch auf einen Wandelungs- bezw. Minderungsvertrag schon verjährt sein müßte. Für diese „perpetuierte“[10]) Einrede gilt selbstverständlich das gleiche, was von der vor der Verjährung gewährten Einrede gesagt ist.[11])

[7]) Vgl. hierzu auch: Planck, S. 259, § 378, Anm. 3 a.
[8]) In dem gleichen Sinne: Stratmann, S. 36.
[9]) BGB. § 478.
[10]) Protokolle, S. 681.
[11]) Planck, S. 260, § 478, Anm. 3 a.

III. Die verschiedenen Arten der Wahläußerung beim Wahlrecht des Wahlschuldners.

§ 10.

1. Die Wahläußerung des Wahlschuldners durch Willenserklärung.

Ungleich einfacher als beim Wahlrecht des Käufers gestaltet sich hier die Prüfung. Dies hat seinen Grund vor allem darin, daß die Wahläußerung des Wahlschuldners lediglich als außergerichtliche eine Rolle spielt. Von einer processualen Wahläußerung, analog der Klage des Käufers, kann schlechterdings nicht die Rede sein.[1])

Wie wir oben im § 4 gesehen haben, ist die Wahl des Wahlschuldners nicht eine Offerte, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft.[2]) Als solches ist sie allerdings, ebenso wie die Offerte, auch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.[3]) Für diese gilt, abgesehen von Einzelheiten, das gleiche, was von der Wahläußerung des Käufers oben in § 6 gesagt wurde. Dem abwesenden Gläubiger muß sie, um wirksam zu werden, zugehen.[4]) Hinsichtlich einer Erklärung unter Anwesenden wird man jedoch hier im Unterschied zur Wahläußerung des Käufers sagen müssen, daß Unvermögen des Gläubigers, die Erklärung zu verstehen — sein böser Wille kommt natürlich, wie oben in § 6, nicht in Betracht[5]) — eine wirksame

---

[1]) Vgl. das nähere unten § 12.
[2]) BGB § 263, Abs. 1.
[3]) Oertmann, S. 24, § 263, Anm. 2.
[4]) BGB § 130, Abs. 1, Satz 1.
[5]) A. A. Leonhard, S. 33;
Übereinstimmend Enneccerus-Lehmann, S. 170;
Ebenso Szkolny-Caro, S. 159.

Wahlerklärung des Wahlschuldners hindert.[6]) Denn hier besteht, im Gegensatz zum Verkäufer, für den Gläubiger keine gesetzliche Pflicht zur Annahme. Dazu kommt, daß der Wahlberechtigte hier zugleich der Schuldner ist. Ihm erwachsen als solchem die Nachteile des Verzugs[7]) und der zufälligen Unmöglichkeit.[8]) Darum hat er ein großes Interesse daran, seine Wahl zu erklären. Ist diese Erklärung mit einigen Unbequemlichkeiten für ihn verknüpft, so muß er sie in Kauf nehmen. Dem Gläubiger darf nicht zugemutet werden, ev. besondere Vorkehrungen zur Entgegennahme der Erklärung zu treffen.

Hinsichtlich der Tageszeit und des Ortes der abzugebenden Erklärung schweigt auch hier das Gesetz. Im Anschluß an das oben in § 6 Gesagte wird man hier annehmen müssen, daß der Gläubiger in noch geringerem Umfang zur Entgegennahme der Erklärung bereit zu sein braucht, wie der Verkäufer. Denn man darf auch hierbei nicht vergessen, daß der Wahlberechtigte der Schuldner ist, und daß ihm, nicht dem Gläubiger, in erhöhtem Maße Sorgfalt und rechtzeitige Ausübung zugemutet werden muß.

Nicht zu verwechseln mit der Frage nach der Tageszeit ist die Frage, ob der Schuldner bei betagter Schuld beliebige Zeit vor der Fälligkeit wählen darf. Diese Frage ist u. E. zu verneinen. Denn es wäre in der Tat unbillig, den Gläubiger zu zwingen, sofort die Gefahr zu tragen, während er den Gebrauch der Sache erst

[6]) A. A. Weyl, S. 246;
„ Cosack, S. 179, Anm. 5;
Übereinstimmend Szkolny-Caro, S. 159.
[7]) BGB § 264, Abs. 1.
[8]) BGB § 265, Satz 1.

später erhält.[9]) Bei einer fälligen Schuld fällt dieses Bedenken fort. Der Gläubiger kann sich dabei entweder sofort nach der Wahlerklärung in den Besitz der Sache setzen, oder den Schuldner in Verzug versetzen. Daher ist bei einer fälligen Schuld die Wahläußerung u. E. zeitlich in das Ermessen[10]) des Wahlschuldners gestellt.[11])

Ebenso wie die Wahlerklärung des Käufers[12]) bedarf auch die des Wahlschuldners keiner Form,[13]) es sei denn, daß dies die Parteien ausdrücklich vereinbart haben.[14])

Im Gegensatze zur Wahl des Käufers[15]) ist eine Wahlerklärung des Wahlschuldners unter einer Bedingung regelmäßig unwirksam.[16]) Eine Ausnahme hiervon findet nur statt, wenn der Gegner die bedingte Erklärung — ausdrücklich oder stillschweigend — annimmt.[17]) Selbst die Modifikation, daß eine Bedingung dann zulässig sei, „wenn sie durch ein besonderes Interesse des Erklärenden gerechtfertigt wird",[18]) oder wenn die bedingte Wahl „vor dem Ablauf der Wahlfrist"[19]) vorgenommen wird, ist u. E. nicht anzunehmen. Dieser Standpunkt von der

---

[9]) Enneccerus-Lehmann, S. 381.
[10]) Abgesehen natürlich von § 264, Abs. 1 BGB.
[11]) A. A. Enneccerus-Lehmann, S. 381.
[12]) Oben S. 21.
[13]) Cosack, S. 295;
Szkolny-Caro, S. 297, § 263, Anm. 1.
[14]) Enneccerus-Lehmann, S. 381.
[15]) Oben S. 21 ff.
[16]) Crome, S. 92, Anm. 22;
Pistory, S. 17;
Leonhard, S. 59.
[17]) Leonhard, S. 62;
Litten, S. 154.
[18]) Leonhard, S. 59.
[19]) Litten, S. 155.

Unzulässigkeit der bedingten Wahlerklärung ergibt sich aus der „principiellen Unwiderruflichkeit“[20]) der Wahl.[21])

Der gleiche Standpunkt ist u. E. für eine befristete Wahlerklärung aufrecht zu erhalten.[22]) Der Gläubiger ist also berechtigt, aber nicht verpflichtet, eine befristete Erklärung anzunehmen. Weist er sie zurück, so ist die Wahlerklärung unwirksam.

Was bei der Wahlerklärung des Käufers[23]) hinsichtlich Widerrufs, Irrtums, Scherzes usw. gesagt wurde, gilt auch hier.

Ebenso wie bei der Wahl des Käufers braucht auch hier die Wahlerklärung nicht ausdrücklich abgegeben zu werden.[24]) Vielmehr wird auch hier jede Erklärung, die auf eine Wahlerklärung schließen läßt, als giltige Wahläußerung anzusehen sein.

§ 11.

2. Die Wahläußerung des Wahlschuldners durch konkludente Handlungen.

Anders, wie heute, wurde in Rom und nach gemeinem Recht die Wahl im Zweifel nicht durch einseitige Erklärung ausgeübt. Dies geschah nur dann, „wenn es in dem die Obligation begründenden Rechtsgeschäft ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt“[1]) wurde.

---

[20]) Vgl. auch: Pistory, S. 16/17.
[21]) Vgl. das Nähere unten § 23.
[22]) A. A. Litten, S. 158 f.
[23]) Vgl. oben S. 23.
[24]) Szkolny-Caro, S. 297, § 263, Anm. 1;
Leske, S. 122;
Motive, S. 7.
[1]) Windscheid-Kipp, S. 25, 3.

Vielmehr war zur Ausübung regelmäßig, soweit nicht etwa ein Vertrag zwischen den Parteien zur Beseitigung der Alternativität erforderlich war,[2]) Erfüllung nötig, also eine Leistung.[3])

Auch heute ist eine Wahlausübung durch Leistung möglich. Indessen wird heute der Leistung durch die Rechtsordnung keine andere Stellung eingeräumt, als die einer Wahlerklärung.[4]) Daher unterliegt sie auch, ebenso wie dies von der Leistung des Käufers gilt,[5]) den Regeln über die Willenserklärung, z. B. hinsichtlich Anfechtbarkeit usw.[6])

Gilt das gleiche auch von einer Teilleistung? Beim Käuferwahlrecht[7]) ließ sich, wie wir gesehen haben, eine einheitliche Entscheidung nicht treffen. Wie ist es nun beim Wahlrecht des Wahlschuldners? In Rom und im gemeinen Recht, wo die Leistung nicht mit einer Willenserklärung identificiert wurde, galt dementsprechend eine teilweise Leistung nicht als verbindliche Wahlausübung.[8]) Heute, wo in der Leistung nichts anderes als eine Wahlerklärung gesehen wird, ist es natürlich anders geworden. Denn seinen Willen erklärt man, ebenso wie durch eine Volleistung, auch schon durch eine Teilleistung. Dieser

---

[2]) Oben S. 17 zu Note 5.
[3]) Enneccerus-Lehmann, S. 379 f.
[4]) Ebenso: Litten, S. 164 f.; Protokolle, S. 282, III.
[5]) Oben § 7.
[6]) Protokolle, S. 282, III; Planck, S. 35, § 263, Anm. 2.
[7]) Oben § 7, S. 26 ff.
[8]) Windscheid-Kipp, S. 25, Anm. 7; Pescatore, S. 159 ff.

heutige Standpunkt wurde in dem ersten Entwurf[9]) ausdrücklich hervorgehoben „zur Abschneidung jedes Zweifels", wie die Motive[10]) dazu bemerken. In der zweiten Kommission wurde indessen die Bestimmung wieder gestrichen, weil sie als selbstverständlich angesehen wurde.[11]) Und es liegt in der Tat, wie wir soeben gesehen haben, nicht die geringste Veranlassung vor, in einer teilweisen Leistung nicht eine Wahlerklärung zu erblicken. Eine andere Frage ist freilich die, ob der Gläubiger gegen eine solche Wahlausübung nicht wirksam Widerspruch erhaben kann. Und das ist in der Tat zu bejahen. Denn zu Teilleistungen ist der Schuldner nicht berechtigt.[12]) Nimmt der Gläubiger indessen die teilweise Leistung vorbehaltlos an, so ist sie als giltige Wahläußerung anzusehen.[13])

§ 12.

3. Eine gerichtliche Wahläußerung des Wahlschuldners.

Wie schon angedeutet, kann von einer gerichtlichen Wahläußerung des Wahlschuldners in demselben Sinne wie von einer im Proceßwege geäußerten Wahlerklärung des Käufers nicht eigentlich die Rede sein. Allerdings kann der Gläubiger den Wahlschuldner auf Ausübung der Wahl verklagen, besonders wenn der Schuldner mit seiner Wahläußerung in Verzug gerät. Diese Klage kann aber lediglich alternativ erhoben werden.[1]) Der Schuldner kann dann vor Gericht seine Wahl erklären. Eine Verpflichtung, dies

[9]) I. Entwurf, § 208, Abs. 2.
[10]) Motive, S. 7.
[11]) Protokolle, S. 282, III.
[12]) BGB § 266.
[13]) Fischer und Henle, § 263, Anm. 5.
[1]) Goldmann-Lilienthal, S. 307;
Planck, S. 36, § 264, Anm. 2.

zu tun, besteht aber für ihn nicht. Vielmehr steht ihm sein Wahlrecht auch noch nach dem Ergehen des Urteils weiter zu, und zwar noch bis zum Beginne der Zwangsvollstreckung.[2]) [3]) In diesem Vorgang ist also stets nur eine freiwillige Wahläußerung zu erblicken, selbst wenn diese vor dem Richter erklärt wird. Ein Analogon zur gerichtlichen Wahlausübung des Käufers, wobei der Verkäufer durch Urteil gezwungen werden konnte, die Offerte des Käufers anzunehmen und damit die Wahlausübung möglich zu machen, existiert hier nicht. Als Ersatz dafür gewährt dem Gläubiger der eben angeführte § 264, Abs. 1 BGB hinreichenden Schutz.

Kapitel II.

Das ius variandi.

§ 13.

I. Allgemeines.

Im Vorstehenden haben wir die verschiedenen Möglichkeiten der Wahläußerung, sowohl beim Wahlrecht des Käufers als auch beim Wahlrecht des Wahlschuldners, kennen gelernt. Damit könnte unsere Aufgabe als gelöst erscheinen. Denn die Frage nach der Vollziehung der Wahl dürfte nach dem bisher Gesagten keine Schwierigkeiten bereiten: Beim Gewährleistungsanspruch hätte entweder der Verkäufer die Offerte freiwillig anzunehmen, oder er wäre durch Urteil dazu zu zwingen. Und beim

[2]) BGB § 264, Abs. 1, Satz 1.

[3]) Später noch facultas alternativa bis zum ganzen oder teilweisen Empfang der Leistung durch den Gläubiger (§ 264, Abs. 1, Satz 2 BGB). Vgl. Dernburg I, S. 99, Anm. 12 unter Hinweis auf Stammler, S. 138.

Wahlrecht des Wahlschuldners wäre die Wahl mit der einseitigen Erklärung gegenüber dem Gläubiger ausgeübt. Und so wäre es auch in der Tat ohne Einschränkung, wenn es nicht noch einen Faktor zu berücksichtigen gelte, der beim Wahlrecht des Käufers stets, beim Wahlrecht des Wahlschuldners unter Umständen eine gewichtige Rolle spielt. Und das ist das sogenannte ius variandi. Davon im folgenden.

§ 14.

II. Das ius variandi des Käufers.

Ius variandi oder das Recht des Entschlußwechsels ist die Berechtigung, die einmal „getroffene Entschließung zu ändern."[1]) Ein ius variandi des Käufers bei der Wahl zwischen dem Rechte auf Wandelung und dem Rechte auf Minderung bedeutet also die Berechtigung des Käufers, nachdem er beispielsweise zuerst einen Minderungsantrag gestellt hat, nachträglich einen Wandelungsantrag[2]) zu stellen, und so fort, dergestalt, daß durch den zuletzt gestellten Antrag immer ein Erlöschen des vorigen bewirkt wird.

Schon nach römischem und gemeinem Recht gab es ein ius variandi des Käufers. Nur über den Umfang desselben gingen die Meinungen auseinander. Die herrschende Ansicht[3]) ging dahin, daß dies Recht, soweit es überhaupt gegeben war,[4]) unbeschränkt sei. Nach Ansicht

[1]) Denkschrift, S. 62.

[2]) Oder natürlich auch umgekehrt. Auch hinsichtlich der Minderungsanträge ist ein ius variandi mit Bezug auf die Höhe der gewünschten Minderung möglich.

[3]) Vgl. Hanausek, S. 164.

[4]) Vgl. unten § 19.

der Minorität nahm zwar „die Anstellung der actio redhibitoria nicht das Recht, auf die actio quanti minoris zurückzukommen, wohl aber die actio quanti minoris das Recht zur redhibitoria".[5])

Nach dem ersten Entwurf zum BGB, der die Wahl des Käufers als einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft konstruierte,[6]) wurde unter Verweisung auf die Vorschriften der Wahlschuld ausdrücklich bestimmt, daß die „vollzogene Wahl unwiderruflich" sei,[7]) „in dem Sinne", führen die Motive[8]) aus, „daß der Erwerber auf die nicht gewählte Alternative nicht mehr zurückgreifen" könne. Die zweite Kommission nahm dann, wie oben[9]) besprochen ist, die Umkonstruierung der Wahl in eine Offerte vor. Einer der Gründe, weswegen man diese Umgestaltung herbeiführte, war eben der, daß man dem Käufer das ius variandi sichern wollte.

„Bis der Verkäufer sich mit der gewählten Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt habe", so berichten die Protokolle,[10]) „müsse der Käufer auch noch statt der Wandelung Minderung und statt dieser Wandelung verlangen können". Denn es könnten „Umstände eintreten, welche die Wandelung unvorteilhaft oder unmöglich machen". Hingewiesen wird dabei auf den § 351 des BGB in heutiger Fassung und auf die Eventualität, daß der Verkäufer in Konkurs verfalle. Wenn man

[5]) Vgl. Hanausek, S. 164, Anm. 2 unter Bezeichnung Dernburgs als Vertreter dieser Ansicht.
[6]) Vgl. oben S. 15/16.
[7]) I. Entwurf § 209, Satz 1 mit § 384.
[8]) Motive, S. 228.
[9]) Oben S. 16.
[10]) Protokolle, S. 709.

aber beim Wandelungsantrag ein ius variandi gestatten wolle, so — fahren die Protokolle fort — empfehle es sich, auch „den Fall, wenn Käufer zunächst Minderung wähle, gleich zu behandeln." Diesem Standpunkte der zweiten Kommission werden im zweiten Entwurf ausdrücklich Worte verliehen. Es heißt dort: „Bis zur Vollziehung der Wandelung oder der Minderung kann der Käufer die getroffene Wahl ändern . . . ."[11]) Später ist diese Bestimmung dann, weil selbstverständlich, gestrichen worden.[12]) Die Bundesratsvorlage[13]) weist sie schon nicht mehr ausdrücklich auf. Heute ist sie aus dem schon einmal wörtlich citierten[14]) § 465 BGB zu entnehmen, wenn sie auch dort nicht ausdrücklich betont ist. Demnach gilt also auch heute noch der Grundsatz: Bis zu dem Augenblick, wo der Wandelungs- bezw. Minderungsvertrag zwischen dem Käufer und dem Verkäufer zustandegekommen ist, kann der Käufer den einmal gestellten Gewährleistungsantrag beliebig ändern.

Und dieser Standpunkt des Gesetzes erscheint uns auch durchaus einleuchtend. Denn die Schutzmittel, die dem Käufer in Gestalt der Wandelungs- bezw. Minderungsmöglichkeit gegeben sind, sind nicht etwa als eine Vergünstigung des Käufers aufzufassen. Sie bilden vielmehr das Äquivalent dafür, daß der Verkäufer eine vertragswidrige Sache geliefert hat. Nun ist es aber dem Käufer nicht gestattet, durch einseitigen Akt sofort die Entscheidung

---

[11]) II. Entwurf § 402, Abs. 3.
[12]) Planck, S. 250 § 465, Anm. 1.
Leistner, S. 38, Anm. 3.
[13]) Vgl. III. Entwurf §§ 458 und 459.
[14]) Oben S. 15.

herbeizuführen. Er ist vielmehr von der Zustimmung des Verkäufers abhängig gemacht. In der Zwischenzeit, bis die Einwilligung des Verkäufers ergeht, kann es sich aber herausstellen, daß der gewählte Gewährleistungsanspruch immer noch eine Benachteiligung für den Käufer im Gefolge haben würde.[15]) Und in dem Falle den Käufer an seine Erklärung binden zu wollen, wäre unverständlich im Hinblick darauf, daß das Gesetz die Schutzmittel gerade zu dem Zweck gewährt, den Käufer vor Benachteiligung zu bewahren. Zum mindesten darf der Käufer nicht eher gebunden sein, als bis der Vertrag zwischen den Parteien zustandegekommen ist. Durch einen Vertrag wird ja freilich stets Bindung herbeigeführt. Bis zum Vertragsschluß aber muß dem Käufer ein unbeschränkter Entschlußwechsel gestattet sein.

Allerdings ist andererseits nicht zu verkennen, daß das ius variandi für den Verkäufer von Nachteil ist. Er wird dadurch gezwungen, seine Entschließung sofort[16]) zu treffen, wenn anders er nicht Gefahr laufen will, daß der Käufer unvermittelt seinen Entschluß ändert. Der Verkäufer wird daher gut tun, falls er ein besonderes Interesse an der Gebundenheit des Käufers an die Wahlerklärung hat, das ius variandi vertragsmäßig auszuschließen und sich dadurch eine Bedenkzeit zu sichern. Eine solche Beschränkung der ihm als Verkäufer obliegenden Gewährleistungspflicht ist giltig, falls der Verkäufer nicht arglistig den in Frage kommenden Mangel verschwiegen hat.[17])

---

[15]) Vgl. hierzu auch oben S. 48, am Ende.
[16]) Das nähere siehe unten S. 57, § 17 am Ende.
[17]) BGB § 476.

§ 15.

III. Ein ius variandi des Wahlschuldners.

Wir haben oben[1]) gesehen, daß der erste Entwurf[2]) bei den für die Wahlschuld gegebenen Vorschriften ausdrücklich hervorhob: „Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich." Dieser Satz findet sich auch noch im zweiten Entwurf,[3]) ist aber in der Bundesratsvorlage,[4]) u. z. aus äußerlichen Gründen, zur Vermeidung von Mißverständnissen,[5]) wieder fortgelassen worden, ohne daß damit etwa eine sachliche Änderung bezweckt wäre. Und so enthält denn auch das Bürgerliche Gesetzbuch[6]) den Grundsatz der Unwiderruflichkeit zwar nicht mehr ausdrücklich, sieht es vielmehr als selbstverständlich an, daß schon durch die Erklärung, und nicht etwa erst durch die vollzogene Leistung, ein Entschlußwechsel ausgeschlossen wird.

Durch das Bürgerliche Gesetzbuch ist „einem großen Streit des gemeinen Rechts ein Ende gemacht"[7]) worden. Die herrschende Ansicht[8]) ließ Entschlußwechsel zu bis zum vollständigen Vollzug der Leistung,[9]) es sei denn, daß das ius variandi ausdrücklich ausgeschlossen war. Eine andere

---

[1]) Oben S. 48.
[2]) I. Entwurf § 209, Satz 1.
[3]) II. Entwurf § 220. Abs. 1, Satz 2.
[4]) Vgl. III. Entwurf § 257.
[5]) Protokolle, Bd. VI, S. 153.
[6]) BGB § 263.
[7]) Pistory, S. 17 f.
[8]) Vgl. Leo, S. 34;
Wagner, S. 25.
[9]) Oder natürlich, falls Vertragsschluß vereinbart war, bis die Leistung durch Vertrag konzentriert wurde. Vgl. oben S. 17 zu Note 5 und S. 44 zu Note 2. Vgl. auch Windscheid-Kipp, S. 25, Anm. 8.

Ansicht[10]) dagegen erklärte das auf römischen Stipulationsformeln beruhende Ergebnis der herrschenden Ansicht für unanwendbar auf das spätere gemeine Recht. Zudem führe „das Variationsrecht heutzutage zu den schreiendsten Unbilligkeiten".[11]) Daher müsse für das spätere gemeine Recht der Grundsatz gelten, daß schon die einseitige Erklärung das ius variandi ausschließe. Diese Iheringsche Ansicht ist denn auch in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen worden. Und damit ergibt sich ein tief einschneidender Unterschied zwischen der Ausübung der beiden hier behandelten Wahlen: Beim Wahlrecht des Käufers ist die Wahl bis zur Annahme des Antrags durch den Verkäufer für den Käufer nicht bindend. Bei der Wahlschuld wird diese Bindung des Wahlberechtigten schon durch die einseitige Erklärung gegenüber dem anderen Teile bewirkt.

Daß bei der Wahlschuld der Ausschluß des ius variandi in der Regel das wünschenswertere ist, läßt sich nicht leugnen. Die sofortige Behebung der Ungewißheit und Unsicherheit nach dem Grundsatz „Ein Mann, ein Wort" entspricht gewiß regelmäßig dem Ideal eines Rechts. Indessen können Fälle eintreten, wo ein ius variandi das billigere ist. Und für den Fall steht es — bei dem u. E. dispositiven Charakter der Vorschrift — den Parteien auch frei, das ius variandi zu gestatten.[12])

---

[10]) Vgl. Pistory, S. 18;
Leo, S. 40 f., beide unter Hinweis auf Ihering.

[11]) Leo, S. 41;
Vgl. auch Müller, S. 40.

[12]) Schollmeyer, S. 66.
Zweifelhaft: Leonhard, S. 30.

Ja, für den Fall, daß die Parteien vereinbart haben, die Wahl durch Vertrag zu vollziehen,[13]) ist u. E. das ius variandi geradezu als Naturale der Wahlschuld anzusehen.[14])

Kapitel III.

Die bindende Ausübung der Wahl.

§ 16.

I. Allgemeines.

Nachdem einmal das ius variandi in den Kreis unserer Betrachtung getreten ist, drängt sich unwillkürlich die Frage auf: Wann ist denn unter Berücksichtigung dieses ius variandi eine Wahl definitiv ausgeübt? Diese Frage wird uns im folgenden beschäftigen. Wir werden dabei in der Weise vorzugehen haben, daß wir noch einmal an die verschiedenen Möglichkeiten der Wahläußerung, sowohl beim Wahlrecht des Käufers, als auch beim Wahlrecht des Wahlschuldners, anknüpfen und dann im einzelnen feststellen, ob bezw. in welchem Umfange im Einzelfalle ein Entschlußwechsel statthaft und in welchem Augenblick die Wahl bindend ausgeübt ist. Wir beginnen mit unserer Prüfung, wie auch bisher schon, bei dem Wahlrecht des Käufers und stellen darauf diesem die Ausübung der Wahl bei der alternativen Schuld vergleichend gegenüber.

---

[13]) Vgl. Note 9.

[14]) In Anwendung der römisch-rechtlichen Grundsätze. Vgl. hierzu unten § 23, am Ende.

II. Die bindende Ausübung der Wahl beim Wahlrecht des Käufers.

a. Die Bindung des Käufers bei der außergerichtlichen Wahläußerung.

§ 17.

1. Einfluß des Charakters der Wahl als Offerte auf die Bindung des Käufers.

Wenn wir im folgenden prüfen wollen, wann eine Bindung des Käufers an seine Wahläußerung eintritt, dann dürfen wir nicht vergessen, daß wir es bei der Wahl des Käufers mit einer Offerte zu tun haben. Und an eine Offerte ist der Antragsteller nach allgemeinen Regeln des Gesetzes gebunden.[1]) Nun kann aber durch eine Bindung eine Kollision mit dem ius variandi eintreten. Es bedarf daher zunächst der Prüfung, inwieweit die Vorschriften von der Gebundenheit des Offerenten mit Rücksicht auf die Eigenart des Käuferwahlrechts auf dieses angewandt werden dürfen.

Keine Zweifel können entstehen, wenn der Käufer ausdrückliche Bestimmungen über die Gebundenheit trifft. Keine Zweifel können ferner eintreten, wenn es sich um einen Antrag unter Anwesenden handelt: Dann erlischt der Antrag, wenn er nicht sofort angenommen wird.[2])

Wie aber gestaltet sich die Sachlage, wenn die Offerte einem abwesenden Verkäufer gemacht wird? Eine weitverbreitete Ansicht[3]) geht dahin, daß dann der

[1]) BGB §§ 145 ff.
[2]) BGB § 147, Abs. 1.
[3]) Eck-Leonhard, S. 450;
Cosack, S. 436;

Käufer an seinen Antrag gebunden sei, bis zu dem Zeitpunkt, in welchem er „den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf."[4]) Das kann aber u. E. nicht der Wille des Gesetzes sein. Denn wenn es dem Käufer — wenn auch, wie wir gesehen haben, nicht ausdrücklich, so doch trotzdem unzweifelhaft — das Recht des Entschlußwechsels gibt, dann wäre es einfach sinnlos, den Käufer wie bei jeder Offerte zu binden. Denn nicht dadurch charakterisiert sich das ius variandi, daß es dem Antragenden **nach** Erlöschen seines Antrages das Recht des Entschlußwechsels gibt. Ein solcher „Entschlußwechsel" steht natürlich jedem Offerenten zu. Es wäre auch völlig unverständlich, wenn ein Antragender, nachdem sein Antrag nichtig geworden ist, nicht das Recht haben sollte, an Stelle dieses Antrages einen anderen zu setzen, vielmehr gezwungen sein sollte, falls er überhaupt mit der Gegenpartei weiter paktieren will, immer wieder denselben Antrag zu stellen. Mit der Berechtigung, **nach** dem normaler Weise eintretenden Erlöschen des Antrages einen anderen Antrag zu stellen, kann also das dem Käufer zustehende ius variandi nicht identificiert werden. Es fragt sich nur, ob das Gesetz auch selbst die Konsequenzen des von ihm gewährten ius variandi ins Auge gefaßt und dementsprechend dem Käufer auch die Möglichkeit gegeben hat, schon vor dem

---

Enneccerus-Lehmann, S. 537;
Goudefroy, S. 40; der aber anerkennt, daß diese Konsequenz im Gegensatz zu der Absicht des Gesetzes steht;
Planck, S. 250, § 465, Anm. 1;
Schroeder, S. 38;
Stratmann, S. 9.

[4]) BGB § 147, Abs. 2.

normalerweise eintretenden Erlöschen seines Antrags seinen Entschluß mit Wirksamkeit zu wechseln, oder ob das ius variandi in der Tat nur als Phantom existiert, in Wirklichkeit aber ganz illusorisch ist. Und da ist es u. E. der Vorbehalt in § 145 BGB, der als Wegweiser für eine sinngemäße Durchführung des ius variandi zu dienen hat. Es heißt dort, daß ein Vertragsofferent an seinen Antrag gebunden ist,

> „es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat".

Und dieser Ausschluß der Gebundenheit ist u. E. stets bei der Offerte des Käufers, auch wenn nicht ausdrücklich betont, zu präsumieren. Er muß eben präsumiert werden, wenn wir nicht eine Unkonsequenz im Gesetz annehmen wollen. Daher trifft u. E. die Mehrheit der zweiten Kommission annähernd das richtige, wenn sie sagt: „In dem Verlangen der Wandelung oder der Minderung werde regelmäßig der Wille gefunden werden müssen, bis zum Widerrufe gebunden zu sein."[5]) Wir möchten indessen, um einem möglicherweise platzgreifenden Mißverständnis vorzubeugen, als sei der Wille des Käufers zu präsumieren, andererseits auch noch über die gesetzliche Bindung hinaus bis zum Widerruf gebunden[6]) zu sein, besser sagen: „. . . . „nur" bis zum Widerrufe gebunden zu sein."[7]) Daraus folgt: Der Käufer kann seinen

[5]) Protokolle, S. 711.

[6]) Die Mehrheit der zweiten Kommission scheint in der Tat dieser Ansicht gewesen zu sein. Ein Grund dafür ist aber nach dem hier Gesagten durchaus nicht einzusehen. Vgl. hierzu noch unten S. 59.

[7]) Zu dem gleichen Ergebnis:
Dernburg II, S. 59.

Antrag jederzeit widerrufen. Durch diesen Widerruf verliert die frühere Offerte ihre Wirksamkeit, es sei denn, daß die Annahme der Offerte dem Käufer in einem früheren Zeitpunkt zugeht, als der Widerruf dem Verkäufer.[8])[9])

Damit haben wir also festgestellt, daß die Offerte des Käufers eine Bindung in nur sehr geringem Maße herbeiführt, daß vielmehr dem Entschlußwechsel des Käufers noch ein breiter Spielraum gelassen wird.

§ 18.

2. Die Bindung des Käufers durch Zustandekommen des Vertrags.

Im Anschluß an den vorigen Paragraphen wollen wir nunmehr feststellen, wann denn das ius variandi des Käufers definitiv erloschen und damit ein bestimmter Gewährleistungsanspruch konzentriert ist. Damit der Käufer das Recht des Entschlußwechsels verliere, bedarf es, wie wir gesehen haben, eines Vertrages zwischen dem Käufer und dem Verkäufer. Mit dem Abschluß dieses Vertrages ist dann der Schwebezustand ein für allemal beseitigt, die Wahl bindend ausgeübt. Der Wandelungsvertrag hat zum Inhalt die Rückgängigmachung des Kaufvertrages.[1]) Der Minderungsvertrag setzt denjenigen Betrag fest, um den der Kaufpreis herabzusetzen ist.[2])

Crome, S. 462, zu Anm. 31.
Leistner, S. 38 f.
Stamm, S. 63.

[8]) BGB § 130, Abs. 1, Satz 1.
[9]) Crome, S. 462, zu Anm. 32.
[1]) BGB § 462.
[2]) BGB § 462.

Wie wir oben betonten, kann der Verkäufer nicht gezwungen werden, auf eine Minderungsofferte in blanco, d. h. ohne ziffernmäßige Bestimmung des Minderungsverlangens, einzugehen. Wie wir jetzt feststellen können, liegt der Grund hierfür darin, daß durch einen Minderungsvertrag in blanco unmöglich dem Käufer das ius variandi verloren gehen kann. Denn wenn es sich schließlich herausstellt, daß die Minderung seiner Erwartung nicht entsprach, muß es ihm freistehen, statt der Minderung noch jetzt Wandelung zu beantragen. Das entspricht der dem ius variandi zugrundeliegenden ratio. Bindend wird die Wahl also nur durch einen ziffernmäßigen Minderungsvertrag ausgeübt.

Es könnte nach dem Wortlaut des § 465 BGB so scheinen, als ob ein Wandelungs- oder ein Minderungsvertrag nur dann zustande käme, wenn die Offerte des Käufers der Annahme derselben von Seiten des Verkäufers vorausgehe. Demgegenüber möchten wir behaupten, daß mit dem Worte „Verlangen" lediglich angedeutet werden soll, daß dem Käufer das Wahlrecht zusteht. Es würde in der Tat zu „unerträglichen Konsequenzen"[3]) führen, wollte man ausnahmsweise beim Wahlrecht des Käufers das sonst als allgemeine Regel anerkannte Princip durchbrechen, daß die Annahme dem Antrag vorhergehen kann. Ein Vertrag muß vielmehr auch in unserem Falle dann als geschlossen gelten, wenn der Vertragsschluß in der eben bezeichneten Reihenfolge vor sich geht.[4]) Mit Recht wird von den Verteidigern dieser

[3]) Stratmann, S. 10.
[4]) Übereinstimmend:
Schroeder, S. 40;

Ansicht darauf hingewiesen, daß der § 466 BGB selbst „an eine ähnliche Vornahme des Vertragsschlusses gedacht“[5]) habe. Denn unter dem „Erbieten“ und „Auffordern“ will das Gesetz ohne Zweifel nicht etwa eine Aufforderung, eine Offerte zu machen, verstanden wissen.[6]) Eine andere Auffassung würde zu unmotivierten Weitläufigkeiten führen.[7])

Aus dem zuletzt genannten Grunde möchten wir auch noch von einem anderen Gesichtspunkt aus ein Vorangehen der Annahme als zulässig befürworten. Wie wir gesehen haben, ist eine Bindung des Käufers an seine Offerte nach Maßgabe der allgemeinen Regeln in unserem Fall als mit dem ius variandi unvereinbar auf das bestimmteste abzulehnen. Ebenso eine Bindung über die gesetzliche Bindung hinaus bis zum Widerruf. Nun kann es aber für beide Teile u. U. sehr erwünscht sein, auch nachher noch einen annehmbaren Vorschlag des Verkäufers sofort zum Vertrag zu erheben. Für den Fall ist es zur endlichen Beseitigung des Schwebezustandes durchaus wünschenswert, daß durch die Einwilligung des Käufers schon der Vertrag geschlossen wird und daß diese seine Einwilligung nicht etwa von neuem als Offerte aufzufassen ist, für die dann wieder ein Entschlußwechsel im weitesten Umfang gestattet sein müßte. Und da das Gesetz selbst nichts enthält, aus dem die Unwirksamkeit

---

Mensing, S. 24 f.;
Stratmann S. 10;
Epping, S. 18/19;
Goudefroy, S. 46.

[5]) Schroeder, S. 40.

[6]) Stratmann, S. 10.

[7]) A. A. Matthiaß, S. 499.

eines solchen aus Zweckmäßigkeitsgründen wünschenswerten Vertragsschlusses mit Notwendigkeit hervorginge, so halten wir uns zu der Annahme berechtigt, daß auch ein in umgekehrter Reihenfolge geschlossener Wandelungs- oder Minderungsvertrag den Anspruch des Käufers konzentriert.

Wir kommen jetzt auf die bereits andeutungsweise erwähnte Frage zurück, ob beim Wandelungsvertrag hinsichtlich eines Grundstücks gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich sei,[8]) um den Wandelungsvertrag wirksam zu machen, das ius variandi zu beseitigen. Allerdings ist es ja eine unausbleibliche Konsequenz eines solchen Wandelungsvertrages, daß auch der Käufer seinerseits dem Verkäufer das Eigentum an einem Grundstücke übertragen muß. Auf diese Rückübertragung ist indessen der Vertrag garnicht gerichtet. Er zielt vielmehr auf die Aufhebung eines Kaufvertrages ab. Die Pflicht zur Rückübertragung tritt dann nach Abschluß des Vertrages als eine gesetzliche Folge des Wandelungsvertrages ein.[9])[10]) Da demnach der Vertrag garnicht auf die Übertragung von Grundeigentum gerichtet ist, bedarf er auch nicht der genannten Form. Die Wahl ist vielmehr auch beim formlosen Abschluß dieses Wandelungsvertrages bindend ausgeübt.[11])

Bei einer suspensiv bedingten Wahlerklärung tritt eine Konzentration natürlich erst ein, wenn sowohl die

[8]) BGB § 313.
[9]) Vgl. BGB. § 467 mit § 346.
[10]) Goldmann-Lilienthal, S. 499, Anm. 13;
Schroeder, S. 39.
Stratmann, S. 10.
[11]) A. A. Eccius, S. 328, Anm. 39.
„ Goudefroy, S. 49.

Bedingung eingetreten, als auch die Annahme erfolgt ist.[12]) Bei einer resolutiv bedingten Wahlerklärung kann eine konzentrierende Annahme nur solange erfolgen, als die Bedingung nicht eingetreten ist.[13]) Von Wahlerklärungen unter einer Zeitbestimmung gilt das entsprechende wie bei bedingten.[14])

Ebenso, wie eine Offerte nicht ausdrücklich gemacht zu werden braucht, ist auch die Annahme derselben nicht notwendigerweise ausdrücklich zu erklären, kann vielmehr auch stillschweigend erfolgen. Auch in Gestalt einer Leistung, d. h. einer ganzen bezw. teilweisen Rückzahlung des Kaufpreises, kann sie erfolgen. Ebenso können Teilrückzahlungen von Seiten des Verkäufers den Vertrag herbeiführen, falls die Teilleistung vom Käufer angenommen wird.[15]) In allen diesen Fällen ist mit der Annahme, sei es der stillschweigenden, sei es der in Gestalt einer Leistung resp. Teilleistung erklärten, die Wahl ausgeübt.

b. Die Bindung des Käufers bei der gerichtlichen Wahläußerung.

§ 19.

1. Einfluß der Klagerhebung auf die Bindung des Käufers.

In ähnlicher Weise, wie wir uns bei der außergerichtlichen Wahläußerung darüber Klarheit verschaffen mußten, ob nicht dem Käufer das Recht des Entschluß-

---

[12]) BGB § 158, Abs. 1.
[13]) BGB § 158, Abs. 2.
[14]) BGB § 163.
[15]) BGB § 266.

wechsels dadurch beeinträchtigt wird, daß seine Wahläußerung sich zugleich als Offerte charakterisiert, ist hier zu prüfen, ob nicht das ius variandi darunter zu leiden hat, daß die Wahl in Gestalt einer Klage geltend gemacht wird.

Wie wir oben schon angedeutet haben, findet eine Konzentration erst durch Urteil statt. Insofern ist die Klagerhebung also völlig irrelevant für die Ausübung der Wahl.[1]) Es fragt sich nur, ob nach den Grundsätzen des Proceßrechts eine Klagänderung und damit ein Entschlußwechsel möglich ist. Für das römische und gemeine Recht beantwortete sich diese Frage nach der herrschenden Ansicht[2]) dahin, daß in Rom und nach älterem gemeinen Recht schon die Litiscontestation, nach späterem[3]) gemeinen Recht erst das Urteil Konzentration herbeiführte. Heute ist für unsere Frage maßgebend der § 264 CPO. Danach ist eine Klagänderung, „nur zuzulassen, wenn der Beklagte einwilligt, oder wenn nach dem Ermessen des Gerichts durch die Änderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird". Von einer wesentlichen Erschwerung des Beklagten infolge der Änderung der Gewährleistungsansprüche kann nun wohl ernstlich nicht die Rede sein. Denn „beide Klagen haben ja genau dieselben Voraussetzungen."[4]) Daher steht es dem Käufer frei, während des Processes von seinem ius variandi nach Belieben Gebrauch zu machen, bis entweder der Verkäufer den zuletzt gestellten Antrag

---

[1]) Oertmann, S. 190/191.
[2]) Vgl. Hanausek, S. 164.
[3]) Seit dem 1. Oktober 1879 (Inkrafttreten der CPO.)
[4]) Enneccerus-Lehmann, S. 537, Anm. 3.

noch jetzt freiwillig annimmt, oder infolge des Urteils die Wahl bindend wird. Über das letztere im folgenden Paragraphen.

§ 20.

2. Die Bindung des Käufers durch das Urteil.

Wir wollen uns kurz noch einmal vergegenwärtigen, welche Möglichkeiten der processualen Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche wir oben im § 8 festgestellt haben. Um uns zunächst auf die Klage zu beschränken, so kamen hierbei zwei Gesichtspunkte in Betracht:

1. Der Käufer hat den Kaufpreis noch nicht, bezw. nicht voll, bezahlt: Dann hat er auf Eingehung in den Wandelungs- bezw. Minderungsvertrag zu klagen.[1]) Im Falle der Verurteilung ersetzt dann das Urteil die Annahme des Vertrages.[2]) Und mit dem Urteil ist also der Anspruch des Käufers konzentriert.

2. Der Käufer hat den Kaufpreis bereits bezahlt: Dann hat er mit der Klage auf Eingehung in den betreffenden Gewährleistungsvertrag zugleich die Klage auf Verwirklichung des Anspruchs zu verbinden. Welchen Wortlaut aber im letzten Falle der Klagantrag hat, besonders, ob das Begehren auch ausdrücklich auf Anerkennung und Verwirklichung des Anspruchs gerichtet ist, das ist — wie wir gesehen haben — irrelevant. Für den Richter ist der einzuschlagende Weg vorgezeichnet. Er hat, auch wenn der Klagantrag lediglich auf Ver-

[1]) In Wahrheit wird allerdings eine solche Klage des Käufers selten vorkommen. Er wird sich vielmehr darauf beschränken, dem Verkäufer eine Mängelrüge zugehen zu lassen, und seinerseits eine Klage des Verkäufers abwarten.

[2]) CPO. § 894.

wirklichung des Anspruchs geht, den Verkäufer trotzdem sowohl zur Annahme des Vertrags als auch zur Verwirklichung des sich aus dem Vertrage ergebenden Anspruchs zu verurteilen. Man wende hiergegen nicht ein, daß eine solche Verurteilung gegen den elementarsten Proceßgrundsatz verstoße „Ne eat iudex ultra petita partium".[3]) Das Petitum enthält eben — wie wir bereits betont haben, — den doppelten Klaganspruch, selbst wenn dies nicht ausdrücklich zu Tage tritt. Und wenn dieser Klaganspruch nur für begründet erachtet wird, dann kann „der verfügende Teil des Urteils anders lauten als der Klagantrag, sofern er nur sachlich hiermit übereinstimmt".[4]) Daher steht u. E. dem nichts im Wege, daß der Richter das Urteil äußerlich so abfaßt, wie es einem exakt gefaßten Klagantrag entsprechen würde. Geht aber aus dem Urteil die Verurteilung des Verkäufers zur Einwilligung in den Vertrag hervor, so gilt damit die Annahme des Vertrags durch den Verkäufer ohne weiteres als erfolgt, und damit die Wahl als ausgeübt.[5]) Aber selbst für den Fall, daß der Richter den Verkäufer auf den Klagantrag hin lediglich zur ganzen bezw. teilweisen Rückzahlung verurteilt, so ist, analog der Auslegung des nicht ganz exakt gefaßten Klagantrags[6]), auch damit schon „implicite" ausgesprochen, „daß der Verkäufer sich mit der vom Käufer verlangten Rückgängigmachung bezw. Herabsetzung des Kaufpreises einverstanden erklären müsse".[7])

---

[3]) CPO. § 308.
[4]) Vgl. Sydow-Busch, § 308, Anm. 1.
[5]) CPO. § 894.
[6]) Vgl. oben S. 36.
[7]) Goldmann-Lilienthal, S. 499/500.

Also auch in diesem Falle tritt mit dem rechtskräftigen Urteil Konzentration und definitiver Verlust des ius variandi ein.

Und es ist u. E. auch durchaus zweckmäßig, daß durch das Urteil stets eine Konzentration herbeigeführt wird. Denn nachdem einmal der Richter zur Klärung der Angelegenheit hinzugezogen ist, ist es nur recht und billig, daß für die Zukunft aller Ungewißheit ein Ende bereitet wird. Abgesehen hiervon würde es aber auch nicht recht verständlich sein, wollte man den Käufer, der selbst eine richterliche Entscheidung beantragt hat, an diese Entscheidung nicht binden, ihm vielmehr auch nach dem Ergehen eines rechtskräftigen Urteils noch ein weiteres ius variandi gestatten.

Es kann ja allerdings der Fall eintreten, daß der Käufer ein besonderes Interesse daran hat, lediglich seinen Gewährleistungsanspruch schlechthin durch den Richter festgestellt zu wissen, ohne sich schon jetzt binden zu müssen, welchen der Gewährleistungsansprüche er wähle. Für den Fall ist nun die Frage aufgeworfen worden, ob nicht eine alternative Klagerhebung möglich sei, sodaß das Wahlrecht des Käufers auch nach Beendigung des Processes bestehen bleibe.[8]) Hiergegen ist aber mit Recht geltend gemacht worden, daß dieser Weg aus dem Grunde nicht eingeschlagen werden könne, weil es der Klage dann an einem bestimmten Antrag fehle.[9])[10]) Einen Ersatz hierfür bietet indessen die Feststellungsklage, die dann zu-

[8]) Cosack, S. 437.
[9]) CPO. § 253, Abs. 2, Nr. 2.
[10]) Dernburg II, S. 57, Anm. 9; Schroeder, S. 50, Anm. 2.

läſſig iſt, wenn der Käufer an „alsbaldiger" Feſtſtellung des Beſtehens oder Nichtbeſtehens eines Gewährleiſtungsanſpruches ſchlechthin ein rechtliches Intereſſe hat.[11]) Dieſe Möglichkeit, eine Feſtſtellungsklage zu erheben, iſt alſo nur dann vorhanden, wenn der Käufer auch nachweiſen kann, daß er ein glaubhaftes Intereſſe daran hat, ſich vorläufig noch nicht zu binden.[12])

Mit Ausnahme der eben beſprochenen Feſtſtellungsklage wird demnach in allen anderen Fällen der Geltendmachung eines Gewährleiſtungsanſpruchs im Wege der Klage dieſer Anſpruch durch das Urteil konzentriert. Wir betonen dies Ergebnis ausdrücklich. Und mit gutem Grund. Denn dieſes ſich aus unſerer bisherigen Darſtellung ohne weiteres und ohne Zwang ergebende Reſultat der abſolut konzentrierenden Wirkung jedes Urteils[13]) iſt nicht unbeſtritten geblieben. Vielmehr gibt es eine Richtung, von der dem Käufer u. U. auch nach dem Ergehen eines rechtskräftigen Urteils noch das Recht zugeſprochen wird, die Wahl auszuüben. Auf welche Weiſe dieſe Richtung zu dieſem Ergebnis gelangt, das ſoll als Anhang in einem beſonderen Paragraphen beſprochen werden.

An dieſer Stelle wollen wir nur noch zum Schluſſe erwähnen, daß alles das, was hier von der Klage geſagt wurde, auch für die Widerklage gilt. Auch das auf ſie ergehende rechtskräftige Urteil konzentriert in allen Fällen[14]) den Anſpruch und bewirkt, daß die Wahl definitiv ausgeübt iſt.

---

[11]) ZPO. § 256.

[12]) Vgl. Sydow-Buſch, § 256, Anm. 5.

[13]) Immer natürlich abgeſehen von dem Urteil, das auf eine Feſtſtellungsklage ergeht.

[14]) Vgl. Note [13]).

§ 21.

Anhang zu § 20: Die Ansicht der Gegner der Vertragstheorie.

Wir haben uns also, bevor wir in unserer eigentlichen Betrachtung fortfahren, hier mit der Frage zu befassen, auf welche Weise die Gegner unserer — mit der Ansicht der Mehrheit der zweiten Kommission in Einklang stehenden — sog. Vertragstheorie zu dem Resultat gelangen, daß auch nach einer auf eine Leistungsklage ergehenden Entscheidung eine Wahlausübung noch möglich sei. Der Ausgangspunkt zu dieser Schlußfolgerung bildet die Behauptung, daß aus dem Gesetz, trotz der Ansicht der zweiten Kommission, garnicht mit zwingender Notwendigkeit hervorgehe, daß eine Wandelung bezw. Minderung „nur in der Form eines Vertragsschlusses zur Vollziehung gelangen“[1]) könne, daß vielmehr die Wandelung bezw. Minderung auch schon durch die einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Käufers herbeigeführt werde, also analog der Wahlausübung des Wahlschuldners, nur mit dem Unterschied, daß ein ius variandi gegeben sei, und daß dies erst laut § 465 BGB durch die Annahme der Erklärung verloren werde. Eine logische Konsequenz dieser Ansicht ist es dann, daß eine Leistungsklage zwar zur Verurteilung des Verkäufers zur begehrten Wandelung bezw. Minderung führt, daß aber auch nach der Verurteilung noch dem Käufer das Recht des Entschlußwechsels erhalten bleibt, bis zu dem Augenblick, in welchem der Verkäufer

[1]) Eccius, S. 327;
Vgl. auch Staub zu § 377, Anm. 49.

seine Einwilligung in das zuletzt gestellte Begehren ausspricht.

Abgesehen davon, daß, wie wir oben[2]) festgestellt haben, das Erhaltenbleiben des ius variandi nach Abschluß des Processes unzweckmäßig wäre, ist auch die Argumentation der Gegner der Vertragstheorie nicht stichhaltig. Die Ansicht der Gegner basiert in der Hauptsache auf folgenden Erwägungen:

1. Der Standpunkt der Vertragstheorie müsse notwendig zu dem praktisch nicht zu verwertenden Ergebnis führen, daß zwei aufeinanderfolgende Processe zur Durchführung eines Gewährleistungsanspruchs notwendig seien.[3])

   Wie wir oben bewiesen haben, ist indessen eine Klagenverbindung durchaus möglich. Dies Bedenken der Gegner ist also hinfällig.

2. Nach der Vertragstheorie sei es unmöglich, eine vorläufige Vollstreckbarkeit zu gewähren. Denn vor dem Vertragsschluß könne auch kein „Recht aus dem Vertrage geltend gemacht werden."[4])

   Auch dieser Einwand ist widerlegt worden.[5])

3. Wie der § 478 BGB beweise, ergebe „eine Bestimmung des Gesetzbuchs selbst, daß dieses Wir-

---

[2]) Oben S. 65.
[3]) Eccius, S. 319.
[4]) Eccius, S. 332;
Vgl. auch Haymann, S. 522 f.
[5]) Goldmann-Lilienthal, S. 500, Anm. 17.
Vgl. Haymann, S. 513, Anm. 9 unter Hinweis auf Kipp, die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und Rechtshandlungen, Kiel 1892, besonders S. 124.

kungen der Wandelung" bezw. Minderung „ohne einen darauf gerichteten Vertrag" zulasse.[6])

Wie wir im folgenden Paragraphen beweisen werden, ist auch diese Behauptung nicht aufrecht zu erhalten.

Von dem eben besprochenen Ergebnis ausgehend, suchen dann die Gegner den Nachweis zu führen, daß aus den §§ 465 und 462 auch garnicht hervorgehe, daß die vertragsmäßige Einigung die einzige Möglichkeit sei, die Wandelung bezw. Minderung herbeizuführen.[7]) Demgegenüber möchten wir aber behaupten, daß eine unbefangene Auslegung des Gesetzes an Hand der Materialien garnicht den Gedanken aufkommen lassen kann, daß das Gesetz auch die einseitige Erklärung zur Herbeiführung der Wandelung bezw. Minderung zulasse. Bestärkt werden wir in unserer Auffassung dadurch, daß der auf die Vorschriften des Rücktritts verweisende § 467 BGB ausdrücklich den § 349 BGB nicht erwähnt. Dieser § lautet aber:

> Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile.

Deutlicher konnte das Gesetz nicht seinen Willen kundgeben, als durch den ausdrücklichen Befehl, diese Vorschrift auf die Wandelung — und analog die Minderung — nicht anzuwenden. Wir müssen also, trotz der Ansicht der Gegner, daran festhalten, daß die Wandelung bezw. Minderung ausschließlich durch Vertrag vollzogen werden kann. Daraus folgt, daß im Gegensatz zur gegnerischen Ansicht eine Klage in Wirklichkeit nicht lediglich auf Vollziehung des betreffenden Gewährleistungsanspruches

[6]) Eccius, S. 321.

[7]) Vgl. hierzu auch: Schroeder, S. 25 ff.

gehen kann, sondern daß sie auch zugleich auf Eingehung in den betreffenden Vertrag gerichtet sein muß, wenn auch dies letztere, in Übereinstimmung mit der Praxis unserer höchsten Gerichte, in der Klageschrift nicht gerade ausdrücklich hervorgehoben zu werden braucht. Auch in dem Falle wird nämlich als Wille des Käufers das Begehren nach Einwilligung in den gewünschten Wandelungs- oder Minderungsvertrag unterstellt. Und eine Folge hiervon ist, daß auch die Verurteilung, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, zugleich die Annahme des gewünschten Vertrages ausspricht. Und eine weitere Folge hiervon ist es, daß, im Gegensatz zur Ansicht der Gegner, nach dem Ergehen eines rechtskräftigen Urteils ein ius variandi in keinem Falle[8]) zu gestatten ist. Vielmehr ist daran festzuhalten, daß mit dem Urteil die Wahl bindend ausgeübt ist.

§ 22.

3. Einfluß der Einrede auf die Bindung des Käufers.

Wie wir oben gesehen haben, kann der Käufer sowohl vor, als auch gemäß § 478 BGB nach der normalerweise eintretenden Verjährung seines Anspruches sein Recht auch einredeweise geltend machen. Eine Bindung des Käufers durch das auf den Proceß ergehende Urteil tritt aber — wie wir weiter sahen — nicht ein. Wohl aber kann ein Anspruch dadurch konzentriert werden, daß der Verkäufer den einredeweise geltend gemachten Wandelungs- oder Minderungsantrag freiwillig annimmt.

[8]) Vgl. oben S. 66, Note [13]).

Beiläufig sei hier bemerkt, daß also die Gegner der Vertragstheorie mit ihrer Behauptung unrecht haben, hier habe das Gesetz selbst eine Möglichkeit gegeben, die Wandelung bezw. Minderung durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung herbeizuführen. Denn in der Tat ist infolge der Einrede weder Wandelung noch Minderung herbeigeführt. Die Einrede ist dem Käufer vielmehr ausdrücklich als besonderes Schutzmittel gewährt worden.[1]) Die Einrede hat als solche auf die Ausübung der Wahl nicht den mindesten Einfluß, kommt vielmehr allenfalls, wie gesagt, lediglich als außergerichtliche Wahläußerung in Betracht.

Damit wäre allerdings scheinbar ein Fall gegeben, wo unser Princip, daß billigerweise das Urteil die Ungewißheit aus der Welt schaffen müsse, durchbrochen wird. Doch diese Ausnahme existiert eben nur scheinbar. Denn der angeführte Grundsatz bezog sich — wie wir verschiedentlich hervorhoben — nur auf Leistungsklagen. Wiewohl nun die Klage des Verkäufers zweifellos regelmäßig eine Leistungsklage ist, so ist sie doch im Hinblick auf ein eventuelles Wahlrecht des Käufers lediglich als eine Feststellungsklage aufzufassen. Denn dringt der Verkäufer mit seiner Klage nicht durch, weil die Einrede des Käufers entgegensteht — und nur dann kann ja von einem Wahlrecht des Käufers die Rede sein — so ist damit „festgestellt", daß dem Käufer ein Gewährleistungsanspruch schlechthin zusteht. Da aber, wie wir sahen, eine Feststellungsklage niemals eine Konzentration herbeizuführen vermag, so ist dies auch bei der hier besprochenen

[1]) Vgl. hierzu auch: Schroeder, S. 34 ff und S. 72 ff.

Leistungsklage des Verkäufers schlechterdings ausgeschlossen. Daß also in diesem Fall trotz eines Urteils, das auf eine Leistungsklage ergeht, die Ungewißheit nicht beseitigt wird, ist als durchaus nicht unserem Princip widerstreitend anzusehen.

Wir stellen also unser Ergebnis zum Schlusse noch einmal fest: Abgesehen von den Entscheidungen, die auf Feststellungsklagen und solche Leistungsklagen ergehen, die diesen in ihren Wirkungen mit Rücksicht auf das Wahlrecht des Käufers gleichzustellen sind, wird die Wahl des Käufers zwischen dem Rechte auf Wandelung und dem Rechte auf Minderung mit jedem rechtskräftigen Urteil zwischen den beiden Parteien definitiv ausgeübt.

§ 23.

III. Die bindende Ausübung der Wahl beim Wahlrecht des Wahlschuldners.

Im Gegensatz zur Frage nach der Wahlausübung des Käufers ist hier auch diesmal wieder die Prüfung mit wenigen Worten abgetan.

Wie immer auch die Wahläußerung des Wahlschuldners geschehen mag, ob durch Erklärung, stillschweigend, durch Leistung oder Teilleistung, stets wird durch den einseitigen formlosen Akt des Schuldners die Wahl bindend ausgeübt. Eine bedingte resp. befristete Wahlerklärung kann, wie wir oben sahen, nicht als wirksame Wahläußerung angesehen werden, es sei denn, daß der Gläubiger eine derartige Wahlerklärung annimmt. Dieser Standpunkt ergibt sich, wie wir schon oben andeuteten, aus der principiellen Unwiderruflichkeit der Wahläußerung des Wahlschuldners. Denn der Zweck

der Unwiderruflichkeit ist Herbeiführung einer größeren Verkehrssicherheit. Mit einer Bedingung oder Befristung ist aber stets eine Ungewißheit und Unsicherheit verbunden.[1]) Nimmt aber der Gläubiger, wozu er, wie gesagt — im Gegensatz zum Verkäufer — nicht gezwungen werden kann, eine bedingte oder befristete Wahlerklärung an, so tritt die Konzentration nach Maßgabe der §§ 158, 163 BGB ein.

Ein ius variandi ist durch das Gesetz in keinem Falle gegeben.

Für den Fall jedoch, daß ein ius variandi vertragsmäßig, sei es ausdrücklich[2]) oder stillschweigend,[3]) eingeräumt ist, wird man mangels ausdrücklicher Vorschrift unseres Gesetzes die römisch-rechtlichen Grundsätze anzuwenden haben.[4]) Es ist demnach die Wahl bindend ausgeübt, wenn vertragsmäßige Wahlausübung vereinbart wurde, mit Abschluß des Vertrages, in allen übrigen Fällen erst mit der vollständig erfolgten Leistung.

Anhang zum II. Abschnitt.

Kapitel I.

Einfluß einer Mehrheit von Beteiligten auf die Ausübung der Wahl.

§ 24.

I. Allgemeines.

Im II. Abschnitt haben wir bisher die Frage nach der Ausübung der Wahl bei den beiden Rechtsverhält-

---

[1]) Pistory, S. 17.

[2]) S. oben S. 52.

[3]) d. h. weil vertragsmäßige Ausübung der Wahl vereinbart war. S. oben S. 53 zu Note [13]) und [14]).

[4]) Schollmeyer, S. 66.

nissen besprochen, indem wir davon ausgingen, daß sowohl beim Kauf als auch bei der Wahlschuld auf jeder Seite nur ein einziger Beteiligter vorhanden sei. Im folgenden soll nun noch beleuchtet werden, wie sich die Wahlausübung gestaltet, wenn auf einer bezw. beiden Seiten mehrere Personen beteiligt sind. Wir schicken einleitend voraus, daß das Gesetz diese Frage beim Käuferwahlrecht ausdrücklich geregelt hat, während es uns bei der Prüfung hinsichtlich der Wahlschuld auf die allgemeinen Grundsätze anweist.[1])

§ 25.

II. Einfluß einer Mehrheit von Beteiligten auf die Ausübnng der Wahl beim Wahlrecht des Käufers.

Das Gesetz unterscheidet zwischen einer Mehrheit von Personen beim Wandelungsvertrag und einer solchen beim Minderungsvertrag.

1. Ein giltiger Wandelungsvertrag kann nur dadurch geschlossen werden, daß der Wandelungsantrag von sämtlichen Käufern gegenüber sämtlichen Verkäufern gestellt wird und von sämtlichen Verkäufern gegenüber sämtlichen Käufern angenommen wird.[1]) Bis zu einem solchermaßen vollzogenen Wandelungsvertrag steht jedem einzelnen Käufer ein ius variandi auf Minderung zu. Inwieweit den Beteiligten dann weiter noch ein Entschlußwechsel auf Wandelung gestattet ist, wird sich aus dem unter 2. Gesagten ergeben.
2. Ein Minderungsvertrag, der zwischen je einem der beteiligten Käufer und Verkäufer geschlossen ist, be-

[1]) Motive, S. 8.
[1]) BGB § 467 mit § 356.

wirkt nämlich schon den endgültigen Ausschluß eines Wandelungsvertrages.[2]) Durch einen solchen Vertragsschluß ist allerdings noch nicht ein alle Beteiligte bindender Minderungsvertrag zustande gekommen.[3]) Es besteht vielmehr für die übrigen Beteiligten ausnahmsweise ein in blanco-Minderungsvertrag. Eine echte Konzentration tritt erst ein, wenn sämtliche Beteiligte sich geeinigt haben. Solange kann nur von einer negativen Konzentration — Ausschluß des Wandelungsbegehrens — die Rede sein.[4]) Trotzdem aber ist, was für unsere Prüfung allein in Betracht kommt, die Wahl zwischen dem Rechte auf Wandelung und dem Rechte auf Minderung schon infolge eines Minderungsvertrages zwischen einem der Käufer gegenüber einem der Verkäufer für alle Beteiligte bindend ausgeübt.

An die Stelle eines Verkäufers kann natürlich auch nach dem Abschluß des Kaufvertrages durch Universal- oder Singularnachfolge eine Mehrheit treten, während, wie wir oben festgestellt haben, die Wahl als Wahlrecht des Käufers nur mortis causa übertragen werden kann.[5]) Kommt nun auf diese Weise nach dem Abschluß des Kaufvertrages eine Mehrheit auf der Käufer- oder Verkäuferseite zustande, so gilt das in diesem Paragraphen Gesagte in gleicher Weise, wie wenn die Mehrheit von Anfang an vorhanden gewesen wäre.[6])

---

[2]) BGB § 474, Abs. 2.
[3]) BGB § 474, Abs. 1.
[4]) Cosack, S. 437.
[5]) Vgl. oben S. 16, Note [10]).
[6]) Planck, S. 134, § 356, Anm.

§ 26.

III. Einfluß einer Mehrheit von Beteiligten auf die Ausübung der Wahl beim Wahlrecht des Wahlschuldners.

Wir wollen bei dieser Betrachtung so vorgehen, daß wir uns zunächst mit einer Mehrheit von Gläubigern, dann mit einer Mehrheit von Wahlschuldnern beschäftigen.

I. Eine Mehrheit von Gläubigern.

Wir haben drei Möglichkeiten zu unterscheiden:

1. Es handelt sich um eine Teilgläubigerschaft: Dann ist, streng genommen, eine wirksame Wahläußerung erst vorhanden, wenn die Wahl allen Gläubigern gegenüber erklärt ist. Denn gemäß diesem Teilschuldverhältnis wirkt eine Erklärung gegenüber einem Gläubiger durchaus nicht gegenüber den andern.[1]) Eine Folge hiervon wäre also, daß dem Schuldner ein ius variandi zustände bis zu dem Augenblick, wo er den sämtlichen Gläubigern gegenüber eine gleichlautende Wahlerklärung abgegeben hätte. Da aber bei der Wahlschuld ein ius variandi principiell unzulässig ist, so wird man u. E. auch hier trotz des eben Gesagten einen Entschlußwechsel nicht gestatten können. Vielmehr wird die Wahl schon mit der Erklärung gegenüber einem der Gläubiger als definitiv ausgeübt gelten müssen.[2])

---

[1]) BGB § 420.

[2]) Zu dem gleichen Ergebnis:
Litten, S. 136;
Leo, S. 47;
A. A. Planck, S. 35, § 263, Anm. 3;
„ Leonhard, S. 4 f.

2. Es handelt sich um eine Gläubigerschaft zur gesamten Hand: Dann wird dem Wesen dieses Schuldverhältnisses entsprechend zweifellos die Leistung erst durch eine Erklärung gegenüber den sämtlichen Gläubigern konzentriert.[3])[4])

3. Es handelt sich um eine Gesamtgläubigerschaft: Dann wirkt auch hier, ebenso wie bei I 1., an sich die Wahlerklärung gegenüber einem Gläubiger nicht gegenüber den anderen, Denn die Wahlerklärung gehört zu den „anderen als den in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen."[5])[6]) U. E. tritt indessen aus dem sub I 1. angegebenen Grunde trotzdem auch hier schon durch die Wahlerklärung gegenüber einem der Gläubiger Konzentration ein.[7])

II. Eine Mehrheit von Schuldnern.

Hierbei muß man sich vor allem darüber klar sein, daß das Wahlrecht scharf von dem jeweiligen Mehrheitsschuldverhältnis zu unterscheiden ist.[8]) Denn sei es, daß zur Bewirkung der Leistung jeder der mehreren Schuldner nur zu einem Anteile, sei es, daß alle zur gesamten Hand

---

[3]) Vgl. z. B. BGB § 2039, Satz 1.
[4]) Litten, S. 134;
Schollmeyer, S. 64 f;
Leonhard, S. 4 f.;
Planck, a. a. O.
[5]) BGB § 429, Abs. 3 mit § 425, Abs. 1.
[6]) Litten, S. 137;
Leo, S. 47.
[7]) Zu dem gleichen Ergebnis: Litten, S. 137.
Zu anderem Ergebnis: Leo, S. 47.
A. A. Leonhard, S. 4 f.;
„ Planck, a. a. O.
[8]) Litten, S. 137 und S. 138.

verpflichtet sind, oder mag es sich endlich um eine Gesamtschuldnerschaft handeln, stets steht doch das Wahlrecht darüber, welche der alternativ geschuldeten Leistungen bewirkt werden soll, allen gemeinschaftlich zu. Über ein Wahlrecht aber, das mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht,[9]) kann im ganzen — d. h. dergestalt, daß mit der Ausübung auch ein definitiver Verlust des Wahlrechts verknüpft ist,[10]) — nur von allen Beteiligten gemeinschaftlich verfügt werden.[11]) Daher tritt u. E. bei einer Mehrheit von Wahlschuldnern eine Konzentration der Leistung nur infolge gemeinschaftlicher Ausübung der Wahl ein.

Das in diesem Paragraphen Gesagte gilt auch dann, wenn durch Rechtsnachfolge eine Mehrheit von Beteiligten nachträglich zustande kommt, sei es auf Seiten des Wahlschuldners, sei es auf Seiten des Gläubigers. Dabei ist zu beachten, daß, anders als beim Käuferwahlrecht, das Wahlrecht des Wahlschuldners, nicht nur mortis causa, sondern auch inter vivos übertragen werden kann.[12])

Kapitel II.

Einfluß der Unkenntnis des Wahlrechts auf die Ausübung der Wahl.

§ 27.

I. Allgemeines.

Nicht zu verwechseln mit der oben besprochenen Anfechtbarkeit einer Wahläußerung wegen Irrtums ist

---

[9]) BGB § 741.

[10]) Denn ohne definitiven Verlust des Wahlrechts ist ja eine bindende Wahlausübung begrifflich nicht denkbar.

[11]) BGB § 747, S. 2.

[12]) Vgl. oben S. 17, Note [1]).

die hier zu behandelnde Frage nach der Anfechtbarkeit einer Erklärung wegen Unkenntnis des Wahlrechts überhaupt. Diese Frage ist unseres Wissens ausschließlich bei der Wahlschuld aufgeworfen worden. Es erscheint aber geboten, sie auch beim Käuferwahlrecht einer Prüfung zu unterziehen, weil sie auch dabei u. U. aktuell werden kann. Wir beginnen mit dem Käuferwahlrecht.

§ 28.

II. Einfluß der Unkenntnis des Wahlrechts auf die Ausübung der Wahl beim Wahlrecht des Käufers.

Es läßt sich sehr wohl im täglichen Leben der Fall denken, daß ein Käufer wegen einer mangelhaften Sache beispielsweise Wandelung beantragt, weil er glaubt, daß ihm lediglich dieses Recht zustehe, während er einen Minderungsantrag gestellt haben würde, falls er gewußt hätte, daß er auch dazu berechtigt war. Dasselbe kann natürlich auch umgekehrt vorkommen. Es fragt sich nun, ist ein auf diese Weise abgeschlossener Wandelungs- oder Minderungsvertrag bindend? Die Erklärung des Käufers ist durch einen Irrtum hervorgerufen worden. Eine Besonderheit dieses Irrtums ist es, daß er nicht auf Tatsachen beruht, sondern auf Unkenntnis eines Gesetzes, also ein Rechtsirrtum ist.[1]) Nach späterem römischen und nach gemeinem Recht wurde ein Rechtsirrtum nur dann u. U. berücksichtigt, wenn er entschuldbar war.[2]) Unser heutiges Bürgerliches Gesetz macht keinen Unterschied mehr zwischen tatsächlichem und Rechtsirrtum. Für

[1]) Dernburg, Pand., S. 201, Anm. 6.
[2]) Dernburg, Pand., S. 202.

beide Arten ist vielmehr maßgebend der § 119 BGB.[3]) Danach ist u. a. eine Willenserklärung anfechtbar, wenn der Erklärende bei der Abgabe derselben „über deren Inhalt im Irrtum war". Was heißt das nun: Sich über den Inhalt einer Erklärung im Irrtum befinden? Ein „Irrtum über den Inhalt einer Erklärung ist dann vorhanden, wenn die abgegebene Erklärung selbst gewollt ist, die Vorstellung des Erklärenden von der rechtlichen Bedeutung des Erklärten jedoch eine irrige ist."[4]) Ist nun in unserem Falle — die vom Käufer abgegebene Erklärung ist bei Abgabe derselben sicherlich gewollt — die Vorstellung des Erklärenden von der rechtlichen Bedeutung des Erklärten eine irrige? Sicherlich. Denn die Erklärung hat die rechtliche Bedeutung einer Wahlerklärung. Diese Bedeutung hat sie aber für den Erklärenden nicht. Denn dieser wußte ja garnichts von einer Wahlberechtigung. Also konnte er auch keine „Wahl" erklären. Und also befand er sich bei Abgabe seiner Erklärung in einem Irrtum über die rechtliche Bedeutung, d. h. über den Inhalt derselben.[5])

Es muß allerdings zugegeben werden, daß die hier vertretene Ansicht über die Bedeutung „Inhalt einer Erklärung" vereinzelt ist. Vielmehr geht eine weit-

---

[3]) Weyl, S. 227.

[4]) Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Aufl., Band I, S. 427.

[5]) Übereinstimmend:
Leonhard, S. 5;
Litten, S. 147 ff.;
Derſ., S. 149, Anm. 3.
A. A. Marcus, S. 22;
„ Pistory, S. 39 f.

verbreitete Ansicht dahin, daß als Maßstab für den Irrtum über den Inhalt einer Erklärung nur die Bedeutung in Betracht komme, die der Erklärende zur Zeit der Abgabe derselben selbst mit seiner Erklärung verband.[6]) Und da in unserem Falle der Käufer zweifellos das von ihm Erklärte auch zur Zeit der Abgabe seiner Erklärung gewollt hat, so leugnen die Anhänger dieser Ansicht die Anwendbarkeit des § 119 BGB.

Im Gegensatze hierzu sind wir aber der Meinung, daß unter Inhalt einer Erkärung, d. h. unter dem Sinn derselben, deren Bedeutung im Rechtssinne, also deren rechtliche Bedeutung zu verstehen ist. Die rechtliche Bedeutung einer Erklärung wird aber nicht bestimmt durch die Auffassung des Erklärenden von seiner Erklärung zur Zeit der Abgabe derselben. Die rechtliche Bedeutung einer Erklärung ist vielmehr feststehend. Sie ist die Bedeutung, die ihr ein „verständiger Mensch unter den gegebenen Umständen“[7]) beimißt. Und die Abweichung der Ansicht des Erklärenden über die Bedeutung des Erklärten von der eines verständigen Menschen unter den gegebenen Umständen stellt eben den Irrtum über den Inhalt der Erklärung dar. Diese Abweichung liegt aber, wie oben besprochen, in unserem Falle vor. Und daher ist auch die Heranziehung des § 119 BGB möglich. Demnach kann der Käufer einen in Unkenntnis seines Wahlrechts eingegangenen Wandelungs- oder Minderungsvertrag nach Maßgabe des § 119 BGB[8]) anfechten, d. h. „wenn

[6]) Vgl. hierzu namentlich Marcus, S. 22.

[7]) Litten, S. 148.

[8]) Allerdings trifft ihn die Beweislast, daß er das Gesetz nicht kannte. Denn ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. l. 2 D. 22,3.

anzunehmen ist, daß er seine Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde". Hat der Käufer mit seiner Anfechtung des abgeschlossenen Vertrages Erfolg, so kann er nunmehr die Wahl ausüben.

§ 29.

III. Einfluß der Unkenntnis des Wahlrechts auf die Ausübung der Wahl beim Wahlrecht des Wahlschuldners.

Bei Prüfung dieser Frage wollen wir uns, als für einen Vergleich mit dem Käuferwahlrecht allein in Betracht kommend, unter Ausschließung der Fälle des Irrtums über Umfang des Wahlrechts an Zahl und Art der Gegenstände ausschließlich mit der Frage über die Unkenntnis des Schuldners von seinem Wahlrecht überhaupt beschäftigen. Der Tatbestand ist demnach der folgende: Dem Wahlschuldner ist von seinem Wahlrecht nichts bekannt. Er ist der Meinung, von vornherein nur eine bestimmte Leistung zu schulden. Bei einem solchen Sachverhalt muß man sich nun darüber klar sein, daß der Schuldner ausnahmslos nicht eine Erklärung abgeben, vielmehr von vornherein leisten wird. Denn da er glaubt, zur Leistung einer bestimmten Sache verpflichtet zu sein, erklärt er naturgemäß nicht: Ich werde die Sache leisten. Er leistet sie eben ohne Erklärung. Damit soll nun aber nicht etwa gesagt sein, daß in der Leistung nicht zugleich eine Willenserklärung liegt. Vielmehr gilt auch hier der schon wiederholt hervorgehobene Grundsatz, daß eine Willenserklärung durchaus nicht lediglich nur dann vorliegt, wenn der Wille ausdrücklich erklärt wird, daß sie vielmehr

auch dann als vorliegend angesehen werden muß, wenn sie stillschweigend, beispielsweise eben durch eine Leistung bezw. Teilleistung kundgegeben wird.[1]) In der Leistung des Schuldners liegt also eine Erklärung. Nur hat diese Erklärung keinesfalls für ihn die Bedeutung einer Wahlerklärung. Dieses ist aber die rechtliche Bedeutung derselben. Und weil der Schuldner sich dieser rechtlichen Bedeutung seiner Willenskundgebung nicht bewußt ist, befindet er sich im Irrtum über den Inhalt seiner in Gestalt einer Leistung — bezw. natürlich auch Teilleistung — abgegebenen Erklärung. Und also steht ihm der § 119 BGB zur Seite.

Die Anhänger der Richtung, welche die Anwendbarkeit des § 119 BGB leugnet,[2]) gestatten die Anfechtung der in Unkenntnis des Wahlrechts vollzogenen Leistung nach Maßgabe des § 812, Abs. 1, Satz 2 BGB. Auch gegen diese Möglichkeit dürfte nichts einzuwenden sein.

Bei einer erfolgreich angefochtenen Erklärung kann dann auch hier der Wahlschuldner wählen. Und erst mit der nunmehrigen giltigen Wahläußerung wird die Wahl ausgeübt.

§ 30.

Schluß: Das Ergebnis der Betrachtung.

Hiermit haben wir die Unterschiede der Wahl bei den beiden Rechtsverhältnissen kennen gelernt. Unwillkürlich drängt sich nun zum Schluß im Hinblick auf den ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches die Frage auf, wäre es nicht vielleicht doch zweckmäßiger gewesen,

[1]) Vgl. oben S.S. 25, 44, 45.

[2]) Oben S. 81, Note [6]). Vgl. auch Pistory, S. 39 f.

die Wahl des Käufers, wie anfänglich geplant, der des Wahlschuldners gleich zu gestalten?

Diese Frage ist aber u. E. zu verneinen. Den Vorwurf, daß infolge der Neuregelung die Ausübung der Wahl nur unter erheblichen Schwierigkeiten für die Praxis oder gar auf Kosten der Logik geschehen könne, glauben wir entkräftigt zu haben.

Was aber die rechtspolitische Würdigung betrifft, so dürfte in der Tat die Regelung, wie sie unser Gesetz getroffen hat, den Anforderungen des Verkehrs durchaus gerecht werden. Eine so tief einschneidende Maßregel wie die Wandelung bezw. die Minderung darf unmöglich dem Belieben des Käufers allein anheimgestellt werden. Zum mindesten ist es billig, daß, wenn der Verkäufer nicht selbst freiwillig einwilligt, der Richter das entscheidende Wort spricht. Ist aber, in Verfolg dieses Gedankens, die Wahl zwischen den beiden Gewährleistungsansprüchen als eine Offerte geregelt, dann ist es ferner durchaus gerechtfertigt, dem Käufer ein ius variandi zu gewähren. Der Käufer darf nicht gehindert werden, einer nachträglich drohenden Verschlechterung seiner Lage durch einen neuen Gewährleistungsantrag vorzubeugen, solange es noch irgend möglich ist, man wollte denn, daß in vielen Fällen die mit der Gewährleistungspflicht beabsichtigte Schadloshaltung des Käufers illusorisch bleibt. Daher muß dafür gesorgt sein, daß dem Käufer bis zur Gegenäußerung des Verkäufers ein möglichst unbeschränkter Entschlußwechsel gestattet ist.

Ein ganz anderer Gesichtspunkt ist bei der Wahl des Wahlschuldners maßgebend. Hier handelt es sich nicht um eine tief einschneidende Maßregel. Hier soll lediglich

eine in den meisten Fällen ausdrücklich durch Parteiwillen geschaffene Ungewißheit beseitigt werden. Bedenkt man nun, daß einerseits die alternativ zu bewirkenden Leistungen regelmäßig gleichwertig sein, jedenfalls aber ein annähernd gleichmäßiges Interesse für beide Teile haben werden — denn sonst hätten sie sich schwerlich auf die Alternativität eingelassen —, andererseits ein Schwebezustand stets etwas unerwünschtes ist, so wird man sich vollständig damit einverstanden erklären müssen, daß schon durch einseitigen Akt des Schuldners die Alternativität ein für alle Male beseitigt wird.

Wir sehen daher, daß die verschiedene Regelung der Wahl beim Wahlrecht des Käufers und der Wahl beim Wahlrecht des Wahlschuldners mit Rücksicht auf die verschiedene wirtschaftliche Bedeutung beider Wahlrechte vollständig gerechtfertigt ist.